

# La delincuencia por convicción y su tratamiento jurídico-penal en Colombia

Juan Felipe Daza Lora

## ÍNDICE:

<b>Introducción</b>	<b>4</b>
---------------------	----------

## **Capítulo Primero**

### **Delincuencia por convicción**

Introducción	11
1. La libertad de conciencia en Colombia.	13
1.1 <i>Alcance legal</i>	18
1.2 <i>Desarrollo jurisprudencial.</i>	30
2. Ejercicio de la libertad de conciencia como manifestación delictiva.	38
2.1 <i>Criminalidad de bagatela.</i>	41
2.2 <i>La objeción de conciencia en el Derecho Penal.</i>	45
2.3 <i>La desproporción entre bienes jurídicos.</i>	48
3. Definición de delincuencia por convicción.	50
3.1 <i>Historia</i>	52
3.1.1 El inicio con Radbruch.	52
3.1.2 El reinicio con Welzel.	57
3.2 <i>Delincuencia por convicción vs delincuencia por motivos de conciencia.</i>	63
3.3 <i>Delincuencia por convicción vs desobediencia civil.</i>	69
4. Toma de postura	74

## **Capítulo Segundo**

### **El castigo a la Delincuencia por convicción**

Introducción	77
1. El tratamiento jurídico-penal a la delincuencia por convicción.	82
1.1 <i>La disminución total o parcial del reproche punitivo.</i>	83
1.2 <i>La otra cara de la moneda: la regulación maximalista</i>	88
2. La razón de tales dudas ante la Sociedad Contemporánea.	95
2.1 <i>Políticas correccionalistas en el Estado Social y Democrático de Derecho.</i>	96
2.2 <i>La caída del correccionalismo.</i>	98
2.3 <i>Las garantías fundamentales vs. La seguridad.</i>	101

2.4 El Derecho Penal del Enemigo.	106
3. La traducción de las dudas en los fines de la pena.	109
3.1 <i>Teorías absolutas</i>	114
3.1.1 Expiación	115
3.1.2 Retribución	116
3.2 <i>Teorías relativas o utilitaristas</i>	120
3.2.1 Prevención general negativa	123
3.2.2 Prevención general positiva	130
3.2.3 Prevención especial negativa	137
3.2.4 Prevención especial positiva	138
3.3 <i>Teorías mixtas</i>	143
3.3.1 Teoría de la unión aditiva	145
3.3.2 Teoría dialéctica de la unión de Roxin	146
4. Toma de postura	149

## Capítulo Tercero

### Atribución de responsabilidad penal a la Delincuencia por convicción

Introducción	155
1. Atribución de la responsabilidad penal.	158
1.1 <i>Culpabilidad</i>	162
1.1.1 La culpabilidad para la fundamentación y medición de la pena.	165
1.1.2 Concepción psicológica.	166
1.1.3 Concepción normativa.	169
1.1.4 Concepción “puramente” normativa.	172
1.1.5 Los modelos de la culpabilidad funcional preventivista.	177
1.2 <i>Las convicciones como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal</i>	190
1.2.1 Justificación	192
1.2.2 Exclusión de la atribuibilidad	198
1.2.3 Causa supralegal de exclusión de la atribuibilidad	216
2. Toma de postura	222

## Capítulo Cuarto

### Delincuencia por convicción en Colombia

Introducción	232
1. Modelo de delincuente por convicción en la práctica: El Unabomber	237
1.1 <i>Convicciones: La sociedad industrial y su futuro</i>	241
1.2 <i>Tratamiento jurídico-penal</i>	257

2. Aplicación en Colombia	262
2.1 <i>Acercamiento general: El conflicto armado en Colombia</i>	268
2.2 <i>Jacobo Arenas – FARC EP</i>	274
2.2.1 Convicciones	279
2.2.2 Tratamiento jurídico-penal	286
2.3 <i>Camilo Torres – ELN</i>	293
2.3.1 Convicciones	296
2.4 <i>Carlos Castaño – AUC</i>	300
2.4.1 Convicciones	302
2.4.2 Tratamiento jurídico-penal	308
3. Toma de postura	312
 <b>Conclusiones</b>	 317

## Introducción

El término “delincuencia por convicción” es ampliamente desconocido en Colombia. Nos parece curioso escuchar algo por el estilo y sólo algunos se acercan a una primera definición, pues ni siquiera los manuales de Derecho Penal más importantes del país, que son la primera fuente para quienes estudian Derecho, lo mencionan<sup>1</sup>. No sabemos quién es el delincuente por convicción, sus formas, sus motivos ni su entrada en el Derecho Penal porque en Colombia no nos hemos planteado la necesidad de estudiarlos significativamente como tipo criminológico. Algunos lo relacionan directamente con el terrorismo yihadista y se desentienden de la problemática al pensar que nada de eso, por fortuna, se ha dado en Colombia. Esto, no obstante, no nos explica el problema.

¿Por qué nunca le hemos dado trascendencia a esto si, por ejemplo, durante años los colombianos nacían conservadores o liberales y, desde niños, se les inculcaba, en muchos hogares, el desprecio y el odio hacia el opuesto partido configurando convicciones hondamente arraigadas con fuerza de naturaleza?<sup>2</sup>.

Hoy, aunque ahora hay más partidos políticos además de los tradicionales, estamos más polarizados que nunca<sup>3</sup>, a tal punto que vivimos en un conflicto cultural demoledor, donde las costumbres y tradiciones, radicadas en la visión del mundo,

---

<sup>1</sup> Los dos manuales de Derecho Penal general más tradicionales en Colombia, por su permanencia en los programas de Derecho Penal en el país, son los de Alfonso Reyes Echandía y Fernando Velásquez Velásquez y ninguno de estos hace mención alguna al tema. Para más información véase a Alfonso Reyes Echandía, *“Derecho Penal: Parte General”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986; y a Fernando Velásquez Velásquez, *“Manual de Derecho Penal: Parte General”*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013. Hay un breve acercamiento al tema solamente en Iván Orozco Abad, *“Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia”*, Temis, Bogotá, 1992.

<sup>2</sup> Iván Orozco Abad, Derechos humanos, justicia transicional y bandas emergentes, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, p. 160.

<sup>3</sup> Revista Semana, *“Polarización en Colombia, el peligro verdadero”*, 19 de agosto de 2017, disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/polarizacion-el-peligro-verdadero/536934> [Consultado por última vez el 26 de septiembre de 2018].

han desestabilizado gravemente al país<sup>4</sup> a partir de la creación de una mentalidad maquina que nos ha forzado a dividir nuestro mundo racional colombiano en dos campos inconciliables que se hallan bajo la influencia de dos principios: el del bien y el del mal. Así, sin importar en qué bando nos hallemos situados, los buenos seremos siempre nosotros, mientras que los del otro bando no pueden ser sino los malos, desembocando en una aversión o intolerancia contra todo adversario<sup>5</sup>.

Así, nuestro sentido moral es un producto de una adaptación de la vida individual al medio social donde, aunque se busque constantemente la independencia del individuo en la adopción de valores y comportamientos específicos, se notan patrones y reacciones similares de un número importante de agentes y grupos, los cuales, innegablemente, nos llevan a un medio social común impuro y defectuoso que es, a su vez, altamente conflictivo y que demanda formas de pensar y actuar que no corresponderían al sentido habitual de normalidad, por lo que se incluyen mensajes e información confusa en cuanto a contenido de lo que es considerado como correcto, incorrecto, necesario e incensario<sup>6</sup>.

Vivimos, por consiguiente, asimilando miedo y odio por “el otro”, ese enemigo que constituye una amenaza inminente para nuestras creencias, nuestros valores más preciados y nuestra existencia misma, por lo que emprendemos, con convencimiento, actos y hechos irracionales, en ocasiones con obediencia ciega, para eliminar de la faz de la tierra esas amenazas<sup>7</sup>.

¿Pero quién es ese enemigo? En un país donde crecimos como Estado precedidos por los aborígenes, conquistados por los españoles, evangelizados por los religiosos

---

<sup>4</sup> Doris Ángel de Echeverri, Prólogo a Héctor Echeverri Correa, *“Pinceladas y brochazos presidenciales: de Caro 1892 a Uribe 2006”*, Bogotá, Carrera 7ª, 2006, p. 13.

<sup>5</sup> Germán Guzmán Campos, Orlando Fals Borda & Eduardo Umaña Luna, *“La violencia en Colombia”*, t. II, Punto de lectura, Bogotá, 2010, p. 442.

<sup>6</sup> Vicente Torrijos Rivera & Juan David Abella Osorio, *“Las fuerzas militares y el paramilitarismo: las verdaderas dimensiones de un fenómeno conflictivo”*, Ibáñez, Bogotá, 2017, 36.

<sup>7</sup> Vicente Torrijos Rivera & Juan David Abella Osorio, *“Las fuerzas militares y el paramilitarismo: las verdaderas dimensiones de un fenómeno conflictivo”*, Ibáñez, Bogotá, 2017, 40.

y liberados por la violencia de los criollos inconformes con el régimen<sup>8</sup>, por años hemos vivido manifestaciones de violencia en razón a las convicciones personales prolongando esta debacle humanitaria y normalizando estas formas de violencia<sup>9</sup>.

Frente a esta violencia, que se manifiesta en diversas formas y tiene distintos orígenes, no hemos tomado medidas diferenciadoras como si se ha planteado, a manera de ejemplo, en Alemania o en España, debido a que, basados a grandes rasgos en el universalismo humanitario, siempre se ha considerado necesario que sea igualitario el tratamiento jurídico-penal a todos los delincuentes en Colombia sin importar sus estructuras criminológicas ni ningún otro factor de desviación social<sup>10</sup>. Sin embargo, de cara a la historia, a la tradición y a que, debido a que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, el tema de la relación entre la pluralidad, derivada del multiculturalismo, y el Derecho Penal debe situarse dentro de la correspondencia entre el aparato ideológico y axiológico garantizado por la Constitución, donde se deben respetar, en un mismo espacio, las diferentes visiones y expresiones del universo que, además de no ser compatibles, están potencialmente en conflicto<sup>11</sup>.

Por lo tanto, se está en una dicotomía entre las formas de castigo efectivas y eficientes y las formas de castigo adecuadas dentro del modelo de Estado, donde las mayorías valorativas sociales no pueden –ni deben– imponerse a las minorías mediante el uso del Derecho Penal, con lo que, aunque nunca se haya tratado formalmente, desde la teoría, el castigo a quienes delinquen en razón a convicciones derivadas de las creencias y los valores personales –y dotadas con fuerza de naturaleza inherente a la personalidad– se dificulta considerablemente.

---

<sup>8</sup> Doris Ángel de Echeverri, Prólogo a Héctor Echeverri Correa, *“Pinceladas y brochazos presidenciales: de Caro 1892 a Uribe 2006”*, Bogotá, Carrera 7ª, 2006, p. 11.

<sup>9</sup> Vicente Torrijos Rivera & Juan David Abella Osorio, *“Las fuerzas militares y el paramilitarismo: las verdaderas dimensiones de un fenómeno conflictivo”*, Ibáñez, Bogotá, 2017, 13.

<sup>10</sup> Iván Orozco Abad, Derechos humanos, justicia transicional y bandas emergentes, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, p. 160.

<sup>11</sup> Michele Carducci, El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad, En: Luigi Cornacchia & Pablo Sánchez-Ostiz, *“Multiculturalismo y Derecho Penal”*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 84.

No obstante a lo anterior, en Colombia, en dos ocasiones distintas, en razón a motivos de justicia transicional que no nos resultan realmente pertinentes, se le ha llegado a dar un tratamiento jurídico-penal diferenciado a personas que han actuado de acuerdo a sus convicciones y a los dictados de su conciencia para que, político criminalmente, se les conceda una exclusión total o parcial de la responsabilidad penal. Estos dos momentos, claramente diferenciables, se dieron en 2005 y en 2016 con la Ley 975 de 2005, mejor conocida como la Ley de Justicia y Paz, y la Ley 1820 de 2016 con la que se finalizó el conflicto armado entre el Estado y las FARC.

Así, en Colombia, donde teóricamente, como veremos, nunca se ha hablado de un tratamiento jurídico-penal diferenciado para los delincuentes por convicción, se les han concedido amnistías y reducciones considerables de pena a posibles delincuentes por convicción por diferentes razones, entre las cuales rara vez se parte de un contenido motivacional sino más bien político-criminal.

En este sentido, si nos paramos en un plano jurídico, objetivo y positivo: ¿Cómo debería castigarse, desde la teoría del delito, a quienes delinquen en razón a sus convicciones personales en Colombia donde todos pensamos distinto y debemos respetar cada una de estas formas ajenas de pensamiento? ¿Cómo preservar las garantías fundamentales mientras se busca que el Derecho Penal sea efectivo y eficiente?

Estas son, en términos generales, las preguntas que dieron inicio a esta investigación. Aquellas que inspiraron la recolección de información desde un ámbito jurídico y social. Por lo tanto, en otras palabras, en esta investigación abordaremos el siguiente:

**a. Problema jurídico:**

¿Cuál es el tratamiento jurídico-penal que se les debe dar a los delincuentes por convicción en Colombia?

De este problema jurídico, cuya resolución es abierta, se desprenden los siguientes:

**b. Problemas específicos:**

1. ¿Qué es la delincuencia por convicción?
2. ¿Cuál es el tratamiento jurídico-penal que se le ha dado a la delincuencia por convicción?
3. ¿Cómo debe ser la atribución de responsabilidad penal a los delincuentes por convicción en el Derecho Penal?
4. ¿Cuál es, en la aplicación práctica, el tratamiento jurídico-penal que debe dársele a los delincuentes por convicción en Colombia?

Así entonces, en razón a esta diagramación del problema al que nos enfrentamos, donde se involucran diversos ámbitos del Derecho, nos proponemos los siguientes:

#### **c. Objetivos**

De acuerdo al problema jurídico amplio y general, el objetivo general de esta investigación es el de determinar qué tratamiento jurídico-penal debe dársele a los delincuentes por convicción en Colombia desde la generalidad y no en casos singulares y aislados con componentes de justicia transicional y política criminal.

En tales condiciones, la investigación tiene dos aspectos fundamentales: i) el análisis teórico de la delincuencia por convicción, para entender el tipo criminológico, su tratamiento jurídico-penal en la historia social y la resolución de las dudas con respecto a su punición desde la teoría del delito; y ii) la aplicación práctica de las propuestas jurídico-penales en la realidad social colombiana y en el ejercicio de la práctica jurídica en el sistema legal colombiano.

En ese orden de ideas, los objetivos específicos de la investigación son los siguientes:

1. Determinar en qué consiste la delincuencia por convicción.
2. Determinar cómo se ha castigado la delincuencia por convicción en el pasado y cómo se castiga en la actualidad.



3. Determinar cómo debe hacerse la atribución de responsabilidad penal a los delincuentes por convicción desde la teoría del delito.
4. Establecer cómo deben aplicarse los planteamientos teóricos a la realidad social colombiana para determinar cuál debe ser el tratamiento jurídico-penal que se le debe dar a la delincuencia por convicción en Colombia.

Cada uno de los objetivos específicos corresponde a cada uno de los capítulos de la investigación, la cual es una investigación básica jurídica porque el objeto de estudio lo constituye la norma jurídica y, para tal efecto, se usarán fuentes secundarias y terciarias, como lo son artículos, ensayos, monografías, tesis y sitios web, entre otros, relacionados con los diversos ejes temáticos y problemáticos propuestos, así como fuentes obtenidas o utilizadas por otros autores.

Entendido lo anterior, iremos de lo general a lo particular para lograr una percepción total del problema y así poder ir descartando, a medida que avanzamos, las ramas y las preguntas que no nos resultan relevantes en la investigación, por las razones puntuales que se tengan y se expliquen en su debida oportunidad, en aras de resolver el problema jurídico desde el enfoque y bajo los parámetros más adecuados. Para lograr tal desglose de conceptos, lógicamente se tendrá que hacer una amplia contextualización jurídica y político criminal en la que se seguirá un sistema de pasos interconectados el uno con el otro, de tal forma que se fomente una clara y fácil lectura del texto y su desarrollo.

Ahora bien, para entender con mayor claridad la metodología que se usará, dado que será de gran utilidad saber cuál es el sistema de pasos que se sigue a partir de los objetivos específicos de la investigación, se puede tener en cuenta la siguiente fórmula: Si el esquema tradicional tripartito<sup>12</sup> de la teoría del delito consiste en tipicidad (T), antijuridicidad (A) y culpabilidad (C) y éste, cuando se cumplen todas las etapas, conlleva a la declaración de responsabilidad penal del sujeto activo (RP), desde un punto de vista matemático tenemos que  $T + A + C = RP$ . Por consiguiente, la idea es encontrar en qué puntos de ese esquema influye la noción de convicciones

---

<sup>12</sup> Se habla del esquema tradicional tripartita porque a lo largo del texto se sugiere un enfoque bipartita basado en el injusto personal, entre otros cambios, aunque por lo momento esto no tiene relevancia.

que se analizará en el texto y determinar si las variables “T”, “A” o “C” permanecen inmutables o se modifican, si la punibilidad, entendida como la necesidad o el merecimiento de la pena (que llamaremos “NP”), como factor, debe reubicarse en la ecuación o no y si, en últimas, la responsabilidad penal (RP) del delincuente por convicción es distinta o no del delincuente común.

Todo esto se hará, sin ánimo de adelantarnos a la discusión, justamente, para darle una solución al problema jurídico que, vista tanto desde la teoría como de la práctica, pueda solucionar casos aislados de castigo a los delincuentes por convicción de acuerdo a los presupuestos existentes del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico colombiano sin tener que acudir a proyectos de ley ni mecanismos de flexibilización de preceptos legales como lo es, por ejemplo, la justicia transicional en los casos en los que se requiere. Además de brindar una respuesta acorde a los fines del Estado Social y Democrático de Derecho y que permita cumplir las obligaciones estatales de investigar, juzgar y sancionar conductas delictivas.

Por esta razón, este documento, antes de ceñirse al comentario, a la reproducción, a la aceptación pasiva de la ley, está comprometido con el entorno social y político en el que está inmerso, de tal forma que está orientado a las finalidades político-criminales de la norma y superadora de una teoría acrítica y de espaldas a la función práctica del Derecho Penal. En tal sentido, se espera que las distintas propuestas que se hacen en los diferentes capítulos -para dar vida a una tesis final- despierten mayor interés por el tema, ayuden a enriquecer el debate académico, sirvan de herramienta a la comunidad jurídica y coadyuven en la construcción de un sistema penal justo y funcional en Colombia.

No siendo otro el presente, iniciemos la resolución del problema jurídico por la definición y análisis de la delincuencia por convicción como tipo criminológico.

## **Capítulo Primero**

### **Delincuencia por convicción**

## Introducción

En Colombia, como sucede en tantos otros países, nunca se ha planteado una fórmula legal que contemple un tratamiento jurídico penal particular para los supuestos de delincuencia por convicción<sup>13</sup> y, por esta razón, tampoco se ha originado, ya sea en el ámbito de la doctrina o en la jurisprudencia penal, un debate jurídico sobre la cuestión. Esto, por supuesto, indica que nunca nos hemos puesto a la tarea de definir y delimitar una figura como esa en un contexto tan diverso como el que presenta la sociedad colombiana.

Ahora bien, que el desarrollo dogmático de esta particular forma de delincuencia sea escasa no significa que en Colombia no presenciemos –ni hayamos presenciado– situaciones en las que, a grandes rasgos, una persona ejecuta conductas encuadradas en tipos penales en razón a sus convicciones personales. Por el contrario, en un país que refleja una sociedad multicultural donde abundan las religiones, creencias e ideologías, los comportamientos que entran en conflicto con el ordenamiento jurídico por razones éticas son algo normal e incluso más usuales que en sociedades con procesos avanzados de estabilización cultural<sup>14</sup>. Por esta razón, aunque no pretendemos dar por sentado que existen estos casos sin antes haber hecho un

---

<sup>13</sup> La única mención doctrinal que se ha hecho acerca de la delincuencia por convicción en Colombia se hizo, curiosamente, para criticar la Ley 975 de 2005 –mejor conocida como la Ley de Justicia y Paz–, de la cual hablaremos en su debido momento, frente al tratamiento que ésta le otorga al delito de sedición. Esta mención, realizada por el profesor Arango Rivadeneira, dice textualmente:

*“El artículo 73 de la Ley de Justicia y Paz borra la distinción entre delincuentes por convicción y delincuentes comunes al ampliar la concepción común del delito de sedición. Al hacerlo, quienes eran funcionales a los intereses antisubversivos del Estado, a saber, los paramilitares, resultan ahora con la calidad de delincuentes políticos, cuyos delitos pueden ser objeto de indulto y amnistía. Estamos, entonces, con la guerra semántica, ante la inminente eliminación del pensamiento liberal y su doctrina de la tolerancia a las ideas ajenas, en el camino de un integrismo valorativo en aras de la democracia militante de impredecibles consecuencias”. (Subrayado fuera del texto original).* Al respecto véase Rodolfo Arango Rivadeneira, Los paramilitares y lo no negociable: Las emociones y los límites de la racionalidad, En: “Análisis Político”, v. 19, n. 56, 2006, p. 159.

<sup>14</sup> Alejandro Aponte Cardona, ¿Es posible la superación de un pasado conflictivo a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del Derecho penal en situaciones de transición jurídico-política, En: Ricardo Posada Maya, “Delito político, terrorismo y temas de Derecho Penal”, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2010, p. 136.

estudio minucioso de éstos, lo cierto es que partimos de la base de que existe una amplia posibilidad de que existan tales situaciones y, por ende, vale la pena plantearse esa alternativa y entender el contexto jurídico en el que se movería.

Así entonces, si pretendemos hacer un análisis de la delincuencia por convicción y proponer una respuesta punitiva adecuada frente a aquellos casos que se ajusten a sus presupuestos de encontrarlos, el primer punto deberá ser definir qué es esa delincuencia por convicción y delimitar el alcance de su definición en un contexto amplio y generalizado ya que, consecuentemente, lo necesitaremos para entender todo lo que venga a continuación.

En este sentido, iniciaremos en el punto cero de la discusión, siendo éste la definición de convicción y su posición en el ordenamiento jurídico. Dicho esto, iniciaremos con el derecho constitucional a la libertad de conciencia, lo que, a su vez, nos permitirá entender el alcance de las convicciones. Seguido a esto, podremos adentrarnos en el debate acerca de qué pasa cuando, ejerciendo las libertades constitucionales, se incumple la ley.

Una vez tengamos claro lo anterior, diferenciaremos la delincuencia por convicción de sus dos tipos criminológicos más cercanos, la delincuencia por motivos de conciencia, a la cual estaremos volviendo una y otra vez durante todo el texto, y la desobediencia civil. Todo esto nos permitirá llegar, eventualmente, al análisis de las diferentes situaciones en las que quien delinque lo hace impulsado por un motivo trascendental para sí mismo pero ajeno, en muchos casos, al resto de la población o a las diferentes poblaciones.

En todo caso, antes de dar inicio a la correspondiente exposición y su posterior análisis, vale la pena hacer una aclaración previa y es que, aunque algunos códigos penales, en los que Colombia no es la excepción, presenten una circunstancia de atenuación punitiva basada en la concurrencia en el autor de motivos morales o de interés social<sup>15</sup>, no debe confundirse ésta ni debe considerarse equiparable al

---

<sup>15</sup> En Colombia la Ley 599 de 2000 (Julio 24. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se consagra el Código Penal) en su artículo 55 dice que: “*Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 2. El obrar por motivos nobles o altruistas*”. Esto significa que, dado que los motivos que inducen al delito muestran, más que cualquier otra circunstancia, la naturaleza de la personalidad del agente, cuando ellos tienen claro valor moral o social –honor,

privilegio del autor por convicción, a pesar de que mantenga con él una estrecha relación<sup>16</sup>, aunque esto lo trataremos con mayor detalle posteriormente. Dicho esto, por el momento, descartaremos la investigación de la atenuación punitiva por motivos altruistas y sólo se hará referencia a ésta cuando sea estrictamente necesario en aras de profundizar y/o complementar el tema trabajado en el texto.

## **1. La libertad de conciencia en Colombia.**

Entendido entonces que el punto de partida es la posición de las actuaciones por convicción en el ordenamiento jurídico, parece ser apenas lógico que se inicie la investigación haciendo una exposición del lugar que ocupan las convicciones en el mismo, por lo que vale la pena iniciar por la protección constitucional que se le da a éstas, dado que, como se ampliará en su momento, el ejercicio de las convicciones es protegido en el más alto rango legal. No obstante, antes de esto tenemos que hacer unas cuantas menciones en aras de fomentar una lectura adecuada del texto.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que a lo largo de esta investigación vamos a estar refiriéndonos, de manera constante, a las actuaciones en las que, de una u otra forma, las personas obran de acuerdo a sus convicciones o, en el sentido opuesto, dejan de obrar pues, de hacerlo, estarían yendo en contra de éstas. Esto, por supuesto, como se ha visto hasta el momento, es el tema central del texto, más allá de que se tratarán diversos temas adicionales.

Ahora bien, esta primera aproximación, en su simpleza, parece admitir una infinidad de posibilidades y esto, en efecto, lleva a que, quien no se ha cuestionado su importancia en el Derecho, como somos la gran mayoría, no considere relevante distinguir las acciones que se realizan de acuerdo a las convicciones de las acciones que se realizan de acuerdo a la conciencia. Es más, a simple vista parecen ser exactamente lo mismo y lo cierto es que, si lo analizamos desde un plano netamente

---

patriotismo, caridad, entre otras- es lógico deducir que quien, impulsado por ellos, cae en delito, está demostrando menor capacidad de delincuencia. Al respecto véase a Alfonso Reyes Echandía, *"Derecho Penal: Parte General"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 353.

<sup>16</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *"La libertad ideológica en el Derecho Penal"*, Barcelona, PPU, 1989, p. 352.

jurídico, tomando el artículo 18 de la Constitución Política Colombiana<sup>17</sup>, el cual será estudiado en detalle, el artículo 16 de la Constitución Española<sup>18</sup> o, incluso, el artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>19</sup>, por poner unos cuantos ejemplos, en los cuales se dice, en resumen y a grandes rasgos, que el derecho a la libertad de conciencia consiste en que la persona pueda actuar conforme a sus convicciones, las actuaciones por convicción y las actuaciones por motivos de conciencia se reducen a lo mismo.

Por esta razón, antes de envolvernos en el análisis jurídico de la conciencia y las convicciones -así como de las actuaciones que se desprenden de éstas, el cual será uno de los debates centrales de este capítulo-, entendiendo que ambas están consagradas en el mismo artículo indiscriminadamente, tenemos que definir las de manera independiente.

Aún así, no planeamos hacer un estudio exhaustivo acerca de qué es una convicción o qué es la conciencia y tampoco planeamos darle una respuesta a cada uno de esos interrogantes. Por el contrario, las definiciones que manejaremos son apenas eso,

---

<sup>17</sup> Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 18: Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

<sup>18</sup> Constitución Española de 1978 (Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978). Artículo 16: 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

<sup>19</sup> Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Publicada en el Boletín Oficial Federal con fecha 23 de mayo de 1949. Traducida por: R. García Macho & K. P. Sommermann. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> [Consultado por última vez el 18 de octubre de 2018]). Artículo 4: 1. La libertad de creencia y de convivencia y la libertad de confesión religiosa son inviolables. 2. Se garantiza el libre ejercicio del culto. 3. Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

una enunciación del contenido del concepto. Esto significa que solamente expondremos qué se ha dicho al respecto para darnos una idea sobre el asunto al que nos enfrentaremos.

Una vez dicho y aclarado lo anterior, la primera definición que traeremos a colación es la que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua acerca de las convicciones. En esta se establece que una convicción es “[la] idea religiosa, ética o política a la que se está fuertemente adherido”<sup>20</sup>, por lo que, en un análisis previo, notamos que las convicciones tienen un carácter imperativo y obligatorio intrínseco<sup>21</sup> a su estructura y éstas podrían entenderse como ideas o creencias, de realidades o de ideales, vividas y sentidas, en razón de su entidad objetiva, como parte de la propia identidad personal<sup>22</sup>.

Así entonces, todo sistema de convicciones, caracterizado por las ideas y creencias personales, puede ser teológico o no -religioso o no- y esto depende únicamente de que: i) el sistema esté encabezado por la creencia o la no creencia en una fuerza superior trascendente o inmanente; y ii) que el último criterio de contrastabilidad sea la fe en esa realidad superior<sup>23</sup>. Claro está que esa fe en la realidad superior puede desprenderse de la fe en el misterio, la fe en el milagro o, incluso, la fe en el entendimiento que le da la persona a la realidad después de que ésta la ha adecuado a lo experimentado personalmente y a lo percibido a través de sus sentidos. Esto significa que las opiniones sobre sí mismo y sobre el universo, ya sean separables o inseparables entre ellas, son las que constituyen una cosmovisión o una ideología explicativa de la realidad<sup>24</sup>.

Por otro lado, definir la conciencia no es tan fácil. Sin embargo podemos iniciar por un punto clave en su delimitación y es que la conciencia existe como una actividad

---

<sup>20</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Disponible en:

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=convicción> [Consultado por última vez el 9 de junio de 2017]

<sup>21</sup> Leticia Jericó Ojer, “El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal”, Madrid, La ley, 2007, p. 70.

<sup>22</sup> Dionisio Llamazares Fernández, “Derecho de la libertad de conciencia I: conciencia, tolerancia y laicidad”, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 19.

<sup>23</sup> Dionisio Llamazares Fernández, óp. cit., p. 20.

<sup>24</sup> Dionisio Llamazares Fernández, óp. cit., p. 20.

diferente de la consciencia<sup>25</sup> -aun cuando la conciencia podría verse como el conocimiento acerca de lo bueno o lo malo, implicando la presencia de un juez interno en el propio individuo<sup>26</sup>- y juega un papel en todo el proceso de decisión<sup>27</sup>.

Ahora bien, esta última parte, cuando hacemos referencia al proceso decisorio, toma aún más relevancia cuando entendemos que, teniendo en cuenta los presupuestos de las neurociencias, a los que nos remitiremos únicamente para contextualizar la discusión, la conciencia e intencionalidad son propiedades emergentes del sistema neurobiológico humano y son rasgos o propiedades asignados socialmente a la persona en la interpretación y comunicación social. Por esta razón, estamos hablando de algo que incide directamente en la propia estructuración de las redes neurológicas que configuran el cerebro de cada uno, es decir, en la propia personalidad<sup>28</sup>.

Con esto en mente, hay quienes vinculan la conciencia a una voz interior que le dice a la persona lo que debe hacer y lo que no debe hacer<sup>29</sup>, por lo que entonces se trataría

---

<sup>25</sup> Esta es una ventaja idiomática que nos da el español frente a otras lenguas en donde no se diferencian ambos términos como, por ejemplo, el inglés. Para los anglo parlantes el término “*Consciousness*” aplica tanto para la consciencia en términos de conocimiento como para la conciencia en cuanto al núcleo humano. En el alemán, en cambio, la consciencia se traduce en “*Bewusstsein*” y la conciencia en “*Gewissen*”. Esto no significa que en este texto no se vaya a tratar la consciencia puesto que ésta será un aspecto fundamental una vez hablemos de la consciencia de la ilicitud frente a las actuaciones por motivos de conciencia y las actuaciones por convicción.

La consciencia, como elemento cognoscitivo, ya ha sido estudiada en otras oportunidades, véase a Juan Felipe Daza Lora, *El deber de conocer el riesgo: ¿Un aspecto de la previsibilidad o de la vencibilidad?*, En: Ricardo Posada Maya, Fernando Velásquez Velásquez & Camila Correa Flórez, “*Estudios críticos de jurisprudencia*”, v. 6, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2018; y Juan Felipe Daza Lora, “*Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*”, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2017.

<sup>26</sup> La conciencia, en pocas palabras, puede provocar una incitación pero no puede ser una fuente de conocimiento en sí misma. Al respecto véase Leticia Jericó Ojer, *óp. cit.*, p. 47.

<sup>27</sup> Mercedes Pérez Manzano, *El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal*, En: Eduardo Demetrio Crespo & Manuel Maroto Calatayud, “*Neurociencias y Derecho Penal*”, Madrid, Edisofer, 2013, p. 120.

<sup>28</sup> Mercedes Pérez Manzano, “*El tiempo de la conciencia...*”, p. 130.

<sup>29</sup> Peter Singer, “*Democracia y desobediencia*”, Traducido por: M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1985, p. 103.



de aquella instancia desde la cual se derivan para el ciudadano una serie de decisiones claras para su acción y omisión que se experimentan como moralmente obligatorias e incondicionales<sup>30</sup>. Por otro lado, hay quienes descartan la “voz interior” pero afirman que la conciencia es un sentimiento que se sitúa con frecuencia, al menos metafóricamente, en el corazón o en la boca del estómago<sup>31</sup>, lo que lleva a que se tenga que tomar una decisión moral y absolutamente vinculante acerca de un comportamiento ordenado por ella<sup>32</sup>.

Ya sea que se asuma la primera o la segunda postura, lo cierto es que estamos equiparando los dictados de conciencia al producto final de un proceso de consideración racional de las características moralmente relevantes de la situación, por lo que estamos hablando de la conciencia tradicional<sup>33</sup>, lo que significa que se trata del lugar donde se hace realidad el deber moral y jurídico del individuo con relación a un determinado comportamiento que se considera obligatorio.

De cualquier modo, además de la conciencia tradicional, también existe la conciencia crítica, que es el resultado de la consideración crítica de todos los factores morales que vienen al caso, donde entran las ideas y creencias que fundamentan el entendimiento de la realidad de la persona, ya que una persona actúa de acuerdo con su conciencia, o concienzudamente, cuando actúa sobre la base de sus propias convicciones morales seriamente evaluadas<sup>34</sup>. Esto nos lleva nuevamente a la racionalidad como rasgo de lo humano y ventaja evolutiva para la especie humana<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Leticia Jericó Ojer, *óp. cit.*, p. 48.

<sup>31</sup> Peter Singer, *óp. cit.*, p. 103.

<sup>32</sup> Leticia Jericó Ojer, *óp. cit.*, p. 48.

<sup>33</sup> Peter Singer, *óp. cit.*, p. 103.

<sup>34</sup> Dentro de esta conciencia crítica podemos ubicar la conciencia material y la conciencia formal: la primera consiste en una regla moral que adquiere el individuo, no sólo por lo que respecta a su capacidad de reconocimiento o presión, sino por su experiencia de contraposición entre lo bueno y lo malo, lo que lleva a que sea la conciencia lo que determina la aplicación de la ley moral a la acción singular; mientras que en la segunda partimos de la base que la conciencia es la esencia más íntima de la naturaleza humana, puesto que su configuración es uno de los aspectos estructurales de la dignidad y su calificación como aquello que dota al individuo de plena autonomía. Para más información véase a Peter Singer, *óp. cit.*, p. 104.

<sup>35</sup> Mercedes Pérez Manzano, *“El tiempo de la conciencia...”*, p. 123.

En conclusión, en este texto entenderemos por convicción aquella idea o creencia que, si bien puede ser teológica o no, tiene fuerza superior trascendente en el entendimiento de la realidad por parte de la persona. Por esta razón, teniendo en cuenta que, además, cuando se actúa sobre la base de estas convicciones se actúa, también, de acuerdo a su conciencia, o concienzudamente, la conciencia será entendida como aquella instancia moral perteneciente a la esfera más íntima del individuo desde la cual se originan, para el sujeto, una serie de conocimientos, decisiones, juicios e imperativos que informan la concepción individual del mundo y de las cosas y, por lo tanto, sus actitudes, sus valoraciones y sus opciones que aparecen traducidas en el comportamiento que el individuo desarrolla en sociedad, a tal punto que, en pocas palabras, una convicción podría ser el entendimiento de la realidad y la conciencia ser motor de la actividad en esa realidad.

### **1.1 Alcance legal**

Si bien ya se hizo un primer y breve acercamiento a la protección constitucional que se le da a las convicciones y, así mismo, a la conciencia, ahora que tenemos una idea general de qué es lo que nos interesa acerca de cada una de estas figuras, podemos analizar puntualmente la incidencia de éstas en el ordenamiento jurídico.

Aún así, que hubiésemos citado, quizás de manera vaga y poco adecuada, los artículos que hacen referencia, entre otras cosas, a la libertad de conciencia en la legislación colombiana, en la legislación española y en la legislación alemana -para exponer la complejidad del tema al que nos enfrentamos-, no significa necesariamente que estemos haciendo un estudio de derecho comparado puntual con alguno de estos dos ordenamientos jurídicos europeos. Por el contrario, aunque la doctrina jurídico penal de ambos países (Alemania y España), nos será muy útil por diferentes razones, ya sea porque tales países han estudiado a fondo la delincuencia por convicción e incluso han planteado diferentes respuestas punitivas, o porque nuestro Código Penal y nuestra Constitución están fuertemente influenciados en los preceptos legales establecidos en tales ordenamientos, no propiciaremos el contacto con la realidad jurídica en España, en Alemania o en

cualquier otro país a menos que sea absolutamente obligatorio e indicado a nuestros propósitos.

Dicho esto, el estudio legal, como la totalidad de la investigación, se centrará en Colombia y en las soluciones a las que hemos llegado en materia del ejercicio y la protección a las convicciones cuando tales definen comportamientos objeto de atención penal.

No obstante lo anterior, sí haremos una parada en las disposiciones de Derecho Internacional que son vinculantes para Colombia y, por ende, debemos remitirnos a los factores que llevan a la delimitación del derecho a la libertad de conciencia en el marco de los derechos humanos, así como la libertad de conciencia como ejercicio específico de la libertad y la dignidad.

Así entonces, teniendo en cuenta que los derechos humanos son aprobados y declarados en 1948 en el Marco de las Naciones Unidas por la preocupación generalizada de garantizar la convivencia pacífica y la tolerancia, aspectos que fueron vulnerados en repetidas oportunidades durante los regímenes fascista y nacionalsocialista -al igual que en la confrontación bélica que éstos generaron y su gran impacto en la población mundial-, a finales de la década de los 40 se impulsó la aparición de la idea de libertad de pensamiento<sup>36</sup> en el Derecho internacional y ésta es la que, hasta la fecha, se ha ajustado para promover la protección a las convicciones y a no ser obligado a actuar en contra de su conciencia<sup>37</sup>.

Lo anterior resulta aún más contundente cuando vemos que, en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>38</sup>, se adopta una fórmula basada

---

<sup>36</sup> La declaración universal de 1948 (Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948) consagra en el preámbulo la proclamación “como al aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias” y luego se reconoce en el artículo 18 “el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

<sup>37</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica en el Derecho Penal”*, Barcelona, PPU, 1989, p. 26.

<sup>38</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada

en los preceptos de la Declaración universal, cuando se establece que:

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*

*2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.*

*3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*

*4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Lo cual es recogido de manera similar en el artículo 12 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos<sup>39</sup>, el cual dispone que:

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.*

*2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.*

---

en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. Colombia lo ratificó el 22 de octubre de 1969.

<sup>39</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 – Colombia lo firma el 22 de noviembre de 1969 y lo ratifica el 28 de mayo de 1973.

3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.*

4. *Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Como se puede observar, consecuente con las similitudes entre ambas, las citadas declaraciones internacionales están ancladas en un concepto “clásico”, si se quiere, de libertad de pensamiento, el cual configura tal libertad en un sentido estático y negativo que comprende de una “inmunidad de coacción” del individuo frente al Estado y del derecho a expresar y comunicar las propias creencias con los límites impuestos por el orden público. Por esta razón, de querer aislarse el contenido de la libertad ideológica, éste deberá completarse con las nuevas proyecciones dinámicas que ha ido desarrollando el Estado Social y Democrático de Derecho, así como con las nuevas formas de autoritarismo aparecidas con la civilización industrial y tecnológica y la consiguiente extensión de los “movimientos alternativos” en una sociedad civil más desarrollada y plural<sup>40</sup>.

Con esto en mente, si se necesita diferenciar las libertades de pensamiento y de ideología y éstas deben ser acomodadas a los postulados del modelo de Estado, debería, a su vez, hacerse una distinción con la libertad de conciencia puntualmente, debido a que, aunque en los tratados siempre está presente la expresión libertad de conciencia, este derecho se pone en conexión con las libertades de pensamiento y de opinión o con el reconocimiento de la libertad religiosa o de la libertad de creencias, cuando, en realidad, el término “creencias” de ambas declaraciones internacionales acentúa el aspecto de la posición individual sobre la relación con la trascendencia y lo más profundo de su ser, en la dimensión menos “racional”<sup>41</sup>.

Teniendo en cuenta esto, si partiéramos de una concepción de la libertad de conciencia como una parte del contenido de la libertad religiosa, concretamente en lo que hace referencia al aspecto interno, quizás podríamos diferenciarlo de otra

---

<sup>40</sup> Josep María Tamarit Sumalla, “La libertad ideológica...”, p. 27.

<sup>41</sup> Ibídem, “La libertad ideológica...”, p. 40.

libertad adicional, como lo es la libertad de culto, pero tal configuración empobrecida estaría en total contradicción con lo que expresan los citados tratados, ya que la libertad de conciencia aporta contenidos y dimensiones diferentes: por una parte incorpora un componente ético fundamental, acentuando las convicciones de cada individuo sobre la conducta moralmente debida pero, por otra, tiene, además, resonancia en la actuación exterior del sujeto como proyección de aquella conciencia ética.

Esto implica que los tres derechos -la libertad de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad de conciencia- responden a objetos diferentes. En este sentido, lo que cada uno de estos busca proteger, respectivamente, sería: i) el conocimiento o la relación con la verdad; ii) la aceptación de la creaturidad y la consiguiente relación con Dios; y iii) la moralidad como ámbito de actuación en cuanto persona o elección del bien moral. De este modo, mientras la libertad de pensamiento se refiere como contenido al conocimiento y la libertad religiosa al acto de adhesión al credo religioso y al ideario religioso, por lo que protege especialmente la vida interior del hombre<sup>42</sup>, la libertad de conciencia ampara la decisión adoptada en conformidad con el juicio de conciencia<sup>43</sup> o, en otras palabras, protege las convicciones de los individuos de las consecuencias de un comportamiento de acuerdo con estas convicciones o creencias.

Entendida de este modo, la libertad de conciencia tiene un componente de fidelidad a la propia ideología, religión o creencias y, por tanto, otorga una protección a la dinámica exterior de las otras libertades<sup>44</sup>, lo que lleva a que las decisiones estrictamente morales sólo puedan ser protegidas constitucionalmente por la libertad de conciencia.

Por otro lado, la libertad de conciencia, como forma de libertad y como un concepto de derechos humanos, concibe a las personas como individuos que, en principio, gozan de la facultad de elegir, de tener un sentido propio de justicia, de decidir sobre lo que es bueno o malo para ellos y de poder, en consecuencia, elaborar sus propios

---

<sup>42</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *"La libertad ideológica..."*, p. 41.

<sup>43</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia y Derecho Penal: Límites a la eficacia del Derecho Penal en comportamientos de conciencia"*, Granada, Comares, 1994, p. 38.

<sup>44</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *"La libertad ideológica..."*, p. 41.

planes de vida. En esta perspectiva, cobra vital importancia el concepto de dignidad humana, es decir, el principio según el cual la persona se reconoce como un fin en sí mismo y no como un medio para un fin, dado que la dignidad exige que las personas sean tratadas con respeto y reconocimiento, por lo que no pueden -ni deben- ser instrumentalizadas para satisfacer las necesidades de otros<sup>45</sup>.

En estos términos, sobra decir que la libertad de conciencia, en el Estado Moderno, es un derivado de la libertad individual y, en la medida en que su misma existencia tiene fundamento en la dignidad humana y se vincula al objetivo de favorecer el libre desarrollo de la personalidad, goza de una naturaleza común con otros derechos inviolables, siendo la afirmación de la autonomía personal que deviene de las posibilidades de realización de la identidad personal<sup>46</sup>.

Por esta razón, un presupuesto fundamental de la libertad de conciencia es, a su vez, el pluralismo, es decir, la aceptación de que en la sociedad coexisten diferentes formas de ver el mundo. En este sentido, la misión del Estado debe estar encaminada a facilitar condiciones que posibiliten la convivencia dentro de la diversidad, sin que pueda oficializar una particular forma de ver el mundo, ya que si el necesario proceso de socialización del individuo, al cual volveremos una vez analicemos los fundamentos de la pena, se entendiera como una forma de masificación y homogeneización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad, el principio de la dignidad de la persona humana no sería comprensible dado que el individuo, como persona y como miembro de la comunidad, tiene derecho a ser portador de una diferencia específica<sup>47</sup>.

Una vez se entiende qué busca y en qué consiste la libertad de conciencia en abstracto, es prudente aterrizar la discusión a la realidad jurídica colombiana que, más allá del carácter vinculante que tienen los tratados internacionales mencionados, no ha sido tratada en detalle. Por consiguiente, es momento de poner

---

<sup>45</sup> Natalia Ángel Cabo, El concepto de libertad y libre desarrollo de la personalidad, En: Helena Alviar García, Julieta Lemaitre Ripoll & Betsy Perafán Liévano, *"Constitución y democracia en movimiento"*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2015, p. 242.

<sup>46</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *"La libertad ideológica..."*, p. 47.

<sup>47</sup> Natalia Ángel Cabo, *"El concepto de libertad..."*, p. 242.

en relieve el artículo 18 de la Constitución política de Colombia de 1991, el cual establece que:

*“Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.*

Si recordamos que la conciencia radica, de una u otra manera, en la percepción libre por el sujeto de sí mismo y del mundo en torno a él, así como el mantenimiento de unas u otras convicciones, creencias e ideas y, en consecuencia, una u otra cosmovisión del mundo, ya sea teológica o no, es, entonces, una garantía y un derecho constitucional fundamental derivado de la libertad en general y de la autonomía de los ciudadanos en particular<sup>48</sup>; y puede ser no solo conciencia religiosa o por motivos religiosos, sino de modo más amplio conciencia moral del individuo –conciencia como plasmación de sus creencias profundas- sobre los asuntos de orden ético o moral más básicos o elementales (sobre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito) y que por ello le conciernen y afectan el núcleo de su conciencia como ser humano<sup>49</sup>.

Lo anterior se afirma debido a que la norma superior consagra, por un lado, la libertad de conciencia como una garantía positiva de libertad, que expresa un derecho fundamental permanente, de inmediato cumplimiento, un principio y un valor democrático<sup>50</sup>, que tiene toda persona para actuar en consideración a sus propios parámetros de conducta, sin que pueda imponérsele actuaciones que estén en contra de su razón<sup>51</sup>. Esta libertad positiva, basada en la capacidad del agente

---

<sup>48</sup> Ricardo Posada Maya, *“La objeción de conciencia como eximente de la responsabilidad penal en Colombia”*, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 14, No. 90, enero-junio 2018, pp. 103-133. Universidad EAFIT, Medellín, p. 104-133.

<sup>49</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, Actuación de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, En: Fernando Velásquez Velásquez, et al., *“Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur”*, t. I, Bogotá, Ibáñez, 2013, p. 597.

<sup>50</sup> Ricardo Posada Maya, *“La objeción de conciencia...”*, p. 106.

<sup>51</sup> Mario Madrid-Malo Garizabal, *“El derecho a la objeción de conciencia”*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2003, p. 9.



para autogobernarse, a diferencia de la negativa, que se interesa por las condiciones externas que puedan interferir en la capacidad de actuar, de la cual hablaremos más adelante<sup>52</sup>, obliga al Estado con un deber positivo de protección y mantenimiento de las condiciones que permitan a las personas potenciar sus capacidades para ser, dentro de esta concepción, verdaderamente libres y no solamente con un deber negativo de no intromisión<sup>53</sup>.

Ahora bien, este deber del Estado de proteger y mantener las condiciones que hacen a la persona verdaderamente libre, frente a la libertad de conciencia, como derecho subjetivo individual, se amplía al punto que debe proteger, de manera puntual, las facultades a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho, que entraña la libre formación de la conciencia y el libre mantenimiento, abandono, sustitución o modificación de unas u otras convicciones o creencias, unas u otras ideas, en la medida en que estas últimas estén estrechamente unidas a las convicciones; y a expresar o a silenciar éstas, a comportarse de acuerdo a ellas, así como a compartirlas y a ejercerlas con otros<sup>54</sup>.

En este sentido, si recapitulamos lo estipulado, la libertad de conciencia, como está consagrada en ese corto artículo 18 de la Constitución colombiana, tiene, básicamente, tres facetas o niveles: i) *libertad para tener unas ideas, creencias o convicciones u otras*, que se refleja en el interés por la libertad en la formación de la propia conciencia, por el libre mantenimiento, cambio o abandono de convicciones, creencias e ideas inseparables de ellas y por la coherencia entre ideas o creencias y comportamiento o conducta de la persona -coherencia de la que dependen tanto el autoestima como el honor y, en últimas, la dignidad de la persona-; ii) *libertad para manifestarlas*, ya que el artículo de libertad de conciencia no protege sólo la conformación interna de la convicción o conciencia, sino que garantiza también la libertad de puesta en práctica de esa ideología o conciencia hacia el exterior<sup>55</sup>, así

---

<sup>52</sup> –Por lo pronto nos interesa tener en cuenta que la libertad negativa se centra en la ausencia de obstáculos, barreras o interferencias para su ejercicio, mientras que la concepción positiva de la libertad enfatiza la presencia de condiciones o capacidades que permiten la realización de determinado proyecto vital, ya sea individual o colectivo.

<sup>53</sup> Natalia Ángel Cabo, “El concepto de libertad...”, p. 243.

<sup>54</sup> Dionisio Llamazares Fernández, “Derecho de la libertad de conciencia I...”, p. 21.

<sup>55</sup> Joan Baucells I Lladós, “La delincuencia por convicción”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 374.

como también la libertad para asociarse, reunirse y manifestarse con otros sobre la base de compartir las mismas convicciones<sup>56</sup>; y, finalmente, *iii) libertad para comportarse de acuerdo a las mismas y para no ser obligado a contradecirlas*<sup>57</sup>.

No obstante, frente a esta última faceta, aunque será tratada con mayor detenimiento posteriormente, cabe resaltar, al menos momentáneamente, que se trata de una cláusula de inexigibilidad absoluta en el comportamiento humano, pues el derecho a no ser obligado a comportarse en contra de las propias opiniones no está protegido por el ordenamiento jurídico cuando esa conducta implique una violación de, o desobediencia a, un mandato legal. En caso de contradicción entre ley y opinión prevalece la primera y, por tanto, la obligación de obedecerla incluso si aquello a lo que obliga es incompatible con las opiniones propias. De otro modo dicho, no es posible el reconocimiento de la objeción de conciencia por contradicción de la ley con las propias opiniones. Ahora bien, esto tiene una excepción cuando el comportamiento exigido por el Derecho es contrario a convicciones tan arraigadas, que son concebidas por el sujeto como parte de su propia identidad y, en consecuencia, la infidelidad a las mismas es vivida como una traición a sí mismo y como una desrealización personal<sup>58</sup>.

Hasta aquí, dejando de lado el tema de la contradicción entre la ley y las convicciones, que tendrá su propio espacio por su importancia en la solución del problema jurídico, queda por tratar el alcance de la libertad de conciencia en el fuero interno y en el fuero externo, lo que ya ha sobresalido con anterioridad. En este sentido, es fundamental mencionar que el derecho fundamental denominado como libertad de conciencia, tal como está estipulado en la Constitución colombiana e, incluso, a la luz de los tratados internacionales, no está limitado al ámbito interno por lo que no sólo protege la formación interna de la conciencia o sus propias decisiones contra toda influencia externa, sino que también garantiza la externalización de la conciencia y la adecuación del comportamiento humano exterior a sus convicciones<sup>59</sup>, dado que, como se ha repetido, la libertad de conciencia

---

<sup>56</sup> Dionisio Llamazares Fernández, “Derecho de la libertad de conciencia I...”, p. 23.

<sup>57</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, “Actuación de conciencia...”, p. 599.

<sup>58</sup> Dionisio Llamazares Fernández, “Derecho de la libertad de conciencia I...”, p. 22.

<sup>59</sup> Josep María Tamarit Sumalla, “La libertad ideológica...”, p. 53.

se traduce en el sistema ideológico o de pensamiento y en sus pautas coherentes de comportamiento<sup>60</sup>.

En conclusión, ese tercer y último nivel, que es básicamente el derecho a ejercer la libertad de conciencia en el fuero externo pues consiste en actuar conforme a la propia conciencia y que no le sea obligado a actuar en contra de ésta<sup>61</sup> es la cláusula de inexigibilidad que analizaremos en el capítulo tercero.

Es curioso que, aunque se diga –y se repita– que se dejará para más adelante, ya podamos ir vislumbrando que el problema que tendremos que resolver detenidamente radica en que, en principio, el juicio de la conciencia individual se dirige no sólo frente al deber emanado del Derecho en particular, sino que puede negar por antonomasia el orden jurídico, dado que, como sistema de normas, queda entonces subordinado a la decisión de la conciencia, lo que puede llevar consigo al mayor temor dentro de un Estado de Derecho: la anarquía<sup>62</sup>.

Por otro lado, hay, a su vez, una noción de libertad negativa intrínseca en el texto constitucional. De hecho, con base a lo que se ha dicho hasta el momento, si se entiende la libertad negativa como el campo dentro del cual la persona puede o debe poder actuar sin que se le impongan obstáculos a su actuación<sup>63</sup>, la libertad de conciencia sería, justamente, el derecho a no revelar las convicciones o las creencias de cualquier naturaleza, como las políticas, las filosóficas y las religiosas<sup>64</sup>, así como también la libertad para expresar y manifestar, o no, esas convicciones, creencias o ideas y para hacer partícipes de ellas a otros, trasmitiéndolas, programándolas y

---

<sup>60</sup> José María Beneyto, Comentario al artículo 16 de la Constitución española, En: Oscar Alzaga Villaamil, *“Comentarios a la Constitución Española de 1978”*, Madrid, Edersa, 1996, p. 347.

<sup>61</sup> Ricardo Posada Maya, *“La objeción de conciencia...”*, p. 138.

<sup>62</sup> Michael Mello, *“The United States of America VS Theodore John Kaczynski: Ethics, Power and the Invention of the Unabomber”*, Context Books, Nueva York, 1999.

<sup>63</sup> También se puede entender la libertad como no coacción, dado que el ser libre también significa que otros no se interpongan en las actividad propias, lo que supondría que debe haber un ámbito mínimo de libertad de conciencia que no puede ser violado bajo ninguna circunstancia –que en nuestro contexto se conoce como el núcleo esencial del derecho o el límite a los límites–, pues de traspasarse se desconocería el derecho mismo a la libertad. Para más información véase a Natalia Ángel Cabo, *“El concepto de libertad...”*, p. 243.

<sup>64</sup> Ricardo Posada Maya, *“La objeción de conciencia...”*, p. 138.

enseñándolas, manteniéndolas así permanentemente preparadas para su contrastabilidad.

En este sentido, la Constitución ha dispuesto la protección frente a las intromisiones indebidas a la libertad de conciencia en cuanto a que, de interponerle obstáculos, se vulnerarían directamente los parámetros vitales más arraigados del ser humano, siendo éstos su esencia espiritual, política y social, así como la dignidad humana – recordemos que la especial vinculación con la dignidad humana implica que cualquier merma o quebranto de la libertad de conciencia entraña una lesión radical de la dignidad de la persona y de cuanto ésta significa en la vida íntima y en la vida social<sup>65</sup>-, bajo el entendido que el ser humano puede vivir como quiera, vivir bien - sin humillaciones- y con el libre desarrollo de la personalidad, de la cual hace parte, precisamente, la conciencia y los valores propios del ser humano<sup>66</sup> derivados del artículo primero de la Constitución Política de Colombia de 1991<sup>67</sup>.

En conclusión, tal como se ha dispuesto, el derecho de libertad de conciencia es, a grandes rasgos, el derecho fundamental que garantiza el ámbito de la racionalidad de la persona que hace referencia al juicio moral sobre las propias acciones y a la actuación en conformidad con aquél. Por consiguiente, esta libertad alude al elemento ético o de compromiso de la actuación personal con las propias convicciones, lo que se traduce necesariamente en el sistema ideológico o de pensamiento y en pautas coherentes de comportamiento.

Entendido lo anterior, protege la libertad fundamental de todo ciudadano, como persona, de poseer su propio juicio moral como acto personal de la conciencia y en adecuar sus comportamientos y realizar su vida según el juicio personal de

---

<sup>65</sup> José María Beneyto, Libertad ideológica y religiosa, En: Oscar Alzaga Villaamil, *“Comentarios a las leyes políticas”*, t. II, 1978, p. 358.

<sup>66</sup> Ricardo Posada Maya, *“La objeción de conciencia...”*, p. 138.

<sup>67</sup> Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

moralidad<sup>68</sup>. Acorde a esto, se puede decir perfectamente que la libertad de conciencia es el derecho fundamental básico de los sistemas democráticos dado que en él encuentran su razón de ser todos los demás derechos fundamentales de la persona y en su protección y promoción está ordenado todo el sistema. Así entonces, la verdadera función del Derecho no es sólo eliminar o, cuando menos, aliviar en lo posible las contradicciones entre conciencia y ley, sino también asegurar a la persona el marco más amplio posible de libertad y de coherencia entre lo que hace, dice y cree, siempre que sea compatible con la libertad de los demás<sup>69</sup>.

Por todo lo anterior, aún cuando, como veremos con posterioridad, no existen derechos absolutos y el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia está condicionado por el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática<sup>70</sup>, la doctrina mayoritaria ha llegado a plantear que las actuaciones conforme a las convicciones y creencias están constituidas en el ejercicio legítimo de un derecho constitucional y, por ende, no podrían constituir un ilícito penal de darse un delito, pues tales comportamientos no solo no comportarían la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en los términos de la actual imputación objetiva, sino que, incluso, en caso de colisión de deberes, estas situaciones podrían dar lugar a aplicar una causal de justificación como el ejercicio lícito de derechos cuando los bienes jurídicos afectados sean de menor rango a la libertad de conciencia<sup>71</sup>, aunque todo esto hace parte de un debate autónomo que nos tomará algo más de atención y de detalle por su complejidad y por el incontable número de factores que llegan a incidir.

---

<sup>68</sup> José María Beneyto, *"Libertad ideológica..."*, p. 347.

<sup>69</sup> Dionisio Llamazares Fernández, *"Derecho de la libertad de conciencia I..."*, p. 23.

<sup>70</sup> Todo hombre, por lo tanto, es libre para obrar de conformidad con su conciencia mientras con ello no incurra en conductas injustas, ni falte a la buena fe o a la solidaridad social, ni rompa las condiciones públicas de seguridad, tranquilidad, moralidad y salubridad que permitan, a la vez, el normal funcionamiento de las instituciones y el pacífico ejercicio de las libertades, ni destruya el conjunto de cosas necesarias para que un pueblo viva bien. No es lícito ni admisible invocar un juicio moral de la razón para hacer daño a otro, para ir más allá de los linderos normales del ejercicio de la libertad, para introducir en el seno de la sociedad el desorden, la perturbación y el desasosiego, o para empujarla a la disolución y a la ruina. Al respecto véase Mario Madrid-Malo Garizabal, *"El derecho a la objeción de conciencia"*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2003, p. 9.

<sup>71</sup> Ricardo Posada Maya, *"La objeción de conciencia..."*, p. 138.

## 1.2 Desarrollo jurisprudencial.

Más allá de que, frente a la definición de libertad de conciencia ofrecida en el artículo 18 de la Constitución Política colombiana, hayamos podido observar diversas características del ejercicio de tal libertad y hayamos podido afirmar que se trata, entre otras cosas, de un derecho humano fundamental que tiene como base la tolerancia frente a las facultades de pensar y obrar según la conciencia individual, la formación que la persona recibe, asimila, integra en su sistema de valores y considera frente a su particular perspectiva de lo bueno, lo justo y lo equitativo dentro del entramado social que conduce a la autonomía de la persona y de ahí al pluralismo democrático de las ideas<sup>72</sup>, lo cierto es que, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el concepto de libertad de conciencia ha sufrido múltiples transformaciones y no siempre se ha logrado determinar su magnitud ni su alcance.

Así entonces, en este breve acápite haremos un recorrido por las sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha discutido la naturaleza de la libertad de conciencia. En este sentido, para esta línea jurisprudencial, en la que, por supuesto, clasificaremos, en lo posible, la posición adoptada por la Corte a la hora de fallar y determinaremos cuál ha sido el desarrollo que se le ha dado a la libertad de conciencia, tendremos en cuenta sentencias tanto de tutela, en las que se exige el cumplimiento del derecho fundamental, como de constitucionalidad, en las que se pone en duda la exequibilidad de alguna disposición jurídica en razón del ordenamiento al que hace parte y al modelo de Estado.

Ahora bien, antes de comenzar, vale la pena mencionar que, aunque el marco conceptual sentado por la jurisprudencia en lo relativo a la definición de la libertad de conciencia y a la relación entre este derecho y las libertades de pensamiento y

---

<sup>72</sup> Esto arroja unos resultados exteriores que son el producto de un análisis interno cuyo ámbito es del dominio inalienable de la persona en cuyas profundidades no puede penetrar la acción del Estado ni forma alguna de coacción. Para más información véase a Manuel Iturralde, *“La objeción de conciencia como un derecho: estrategia jurídica para su reconocimiento frente al servicio militar”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2014, p. 137.

religión, es relativamente claro y contundente, su aplicación ha sido todo lo contrario pues, una vez se han enfrentado a la realidad social colombiana, la Corte, como se verá, ha sido muy restrictiva en algunos casos y contradictoria en otros.

Esto, no obstante, no significa que, en líneas generales, no se haya evolucionado hacia una defensa más amplia de la libertad religiosa y la utilización de la objeción de conciencia, sobre todo partiendo que, quizás de manera intuitiva, la libertad de conciencia era entendida y empleada, al menos en un principio, sin establecer delimitaciones concretas frente a éstos otros derechos relacionados con la libertad<sup>73</sup>.

Específicamente, el debate acerca de la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional colombiana, como fue estipulado en 1991, comienza con la sentencia T-403 de 1992, la cual, por ser la primera aproximación, hace las veces de sentencia iniciadora de línea. En esta primera sentencia con la nueva Constitución y la nueva Corte Constitucional, la Corte estableció -como regla y como precedente- que una de las características fundamentales de la libertad de conciencia es que ésta implica no ser perturbado en la adopción de decisiones individuales<sup>74</sup>. Esto llevó a que, para la solución de casos posteriores, en los cuales debían tenerse en cuenta los límites al ejercicio de la libertad, la evaluación concreta de las situaciones sometidas a examen por parte de los jueces se diera sin apelar a preceptos abstractos, permitiendo, así, que se adecuen las decisiones a la protección del individuo.

Luego de esto vino la sentencia T-409 de 1992, en donde se estableció que la facultad que tiene una persona para actuar en determinado sentido -o para abstenerse de hacerlo- se ve determinada por sus convicciones, por su propia ideología y por su manera de concebir el mundo. En tal sentido, las convicciones y la ideología, productos de la formación académica, social, moral y religiosa del individuo, condiciona a la persona al imponerle modelos de comportamiento para seguir en medio de la sociedad a la cual pertenece, lo que encauza el ejercicio de su libertad, la cual, en consecuencia, pierde desde el comienzo su carácter absoluto<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Cristina Pardo Schlesinger, La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, En: *"Persona y bioética"*, v. 10, n. 1, 2006, p. 68.

<sup>74</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-403 de 1992. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>75</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 1992. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Lo anterior significa que, en principio, la conciencia misma del individuo, dada su propia naturaleza, no está expuesta a violaciones por actos de la autoridad sino que son las manifestaciones exteriores, derivadas del proceso interno, las que pueden verse coartadas, impedidas, dificultadas o condicionadas mediante acción del Estado, sus agentes o por particulares, por lo que son éstas las que deben estar acogidas en la protección ofrecida por el texto constitucional<sup>76</sup>.

Posteriormente, en una de las sentencias en donde la Corte no es precisamente clara en cuanto a la delimitación de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa, la sentencia T-421 de 1992, la Corte dijo que, a través de la libertad religiosa, la manifestación de la libertad de conciencia significaba la posibilidad de adjudicarle a las personas la potencia de estar inmune a la coerción tanto de parte de otros hombres como de los poderes del Estado<sup>77</sup>. Por lo tanto, en este entendido, la protección de la libertad religiosa pareciera significar que ni se obliga a nadie a obrar contra su propia conciencia ni se le impide actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, despojando, sin más, de contenido real a la libertad de conciencia.

Esto fue corregido hasta cierto punto cuando, en la sentencia T-547 de 1993, la Corte estableció que la libertad de conciencia es, en términos más precisos, la inmunidad de toda fuerza externa que obligue a actuar contra las propias convicciones y que impida la realización de aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento<sup>78</sup>. En este sentido, el derecho a la libertad de conciencia tendría doble destinatario, siendo, de un lado, i) la persona que pretende actuar conforme a su fuero interno y, de otro, ii) el deber de los demás de respetarle. Esto, por cómo fue

---

<sup>76</sup> En tales términos, el objetor de conciencia, que se rehúsa a cumplir las leyes o los deberes impuestos por el orden jurídico por razones de conciencia, no estaría incurriendo en una violación de las prescripciones constitucionales y legales por el hecho de adoptar una posición negativa frente a la obligación que se le impone, sino que está haciendo uso de un verdadero derecho. Esto será analizado con mayor detalle una vez hablemos de la objeción de conciencia puntualmente y cuando hablemos de la justificación en ciertas conductas opuestas al ordenamiento jurídico. Para más información véase a Cristina Pardo Schlesinger, La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, En: *"Persona y bioética"*, v. 10, n. 1, 2006, p. 56.

<sup>77</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>78</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-547 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.



expuesto durante el análisis puntual del artículo 18, deriva en las libertades positiva y negativa, además de reglamentar que no puede, siquiera, existir una protección integral a la libertad de conciencia en la medida en que no se obligue a las demás personas a respetar las opiniones diferentes.

No obstante, sólo es hasta 1997 que se logra diferenciar, de una manera mucho más adecuada, la libertad de conciencia de otras libertades “similares”. Esto porque, a partir de la sentencia C-616 de 1997, la Corte consagra la libertad de conciencia diferenciada de las libertades de pensamiento y opinión y, también, de la libertad religiosa, bajo el presupuesto de que, aunque puedan estar relacionadas entre si y la libertad de conciencia pueda, incluso, ser una consecuencia de las libertades de religión y de pensamiento -en cuanto a que la ideología adoptada por una persona o su religión pueden determinar su conciencia-, es decir, su manera personal de emitir juicios morales prácticos, no por ello la libertad de conciencia se debe confundir con las otras dos<sup>79</sup> ya que ésta no tiene por objeto un sistema de ideas, ni tampoco la protección de una determinada forma de relación con Dios, sino la facultad del entendimiento de formular juicios prácticos en relación con lo que resulta ser una acción correcta frente a una situación concreta que se presenta de facto<sup>80</sup>. En otras palabras, La Corte entendió que la conciencia es la facultad de discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral, pero en relación con lo que concretamente, en determinada situación, debemos hacer o no hacer, por lo cual enmarcó su definición de conciencia en la conciencia tradicional que ya antes analizamos.

Una vez se dejó claro en la jurisprudencia que la libertad de conciencia merece obtener un tratamiento propio por la autonomía de sus componentes, fue entonces cuando se empezó a estudiar el contenido de tal libertad de manera puntual. Por esta razón, en la sentencia T-332 de 2004, la Corte reconoció el vínculo entre la libertad de conciencia y dignidad humana, así como su aplicación inmediata y su carácter indispensable en una sociedad democrática, participativa y pluralista, que

---

<sup>79</sup> La libertad de conciencia queda entonces diferenciada de la libertad de opinión y/o de la libertad religiosa en cuanto a que ésta se ejerce siempre de modo individual y no se trata, en definitiva, de la protección abstracta de un sistema moral determinado o de una regla objetiva de moralidad. Para más información véase a Cristina Pardo Schlesinger, *óp. cit.*, p. 55.

<sup>80</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 1997. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

reconoce la necesidad de autorrealización del individuo <sup>81</sup>. Para llegar a tal conclusión, la Corte delimitó, nuevamente, la conciencia en la propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta. Así entonces, reconoció que es la conciencia la que da sentido y valor a los actos de la persona, dado que es el conocimiento interior del bien y del mal -o el conocimiento exacto o reflexivo de las cosas- lo que le permite a la persona distinguir racionalmente la licitud o ilicitud de sus actuaciones de conformidad con los parámetros que guían el obrar humano. En este sentido, para la Corte, la libertad de conciencia hace parte esencial del sistema de derechos establecido en la Constitución de 1991, junto con el mandato de tolerancia, que se encuentra íntimamente ligado a la convivencia pacífica y al respeto de los valores fundantes del Estado colombiano.

Para el año 2006, aunque el tema estaba relativamente en reposo, la Corte tuvo que aclarar, en la sentencia C-355 de 2006, que la objeción de conciencia -y la posibilidad de objetar en conciencia-, entendida como la posibilidad de desconocer una norma de rango legal vigente por motivos relacionados con convicciones personales, sólo puede ser empleada por personas naturales mas no por las entidades en las que trabajan o a quienes representan<sup>82</sup>. Conforme a esto, la Corte estipuló que, de manera precisa, la objeción de conciencia, de la cual hablaremos en su debida oportunidad, puede ser definida como la situación en la que se halla la libertad de conciencia cuando algunas de sus modalidades de ejercicio encuentran frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa. Esto significa que, por un lado, puede tratarse de casos en los que la acción que el sujeto considera moralmente obligada se halla jurídicamente prohibida o, por otro, cuando la que juzga moralmente prohibida resulta obligatoria para el derecho.

El asunto de la objeción de conciencia no se quedó allí y, en 2009, mediante la sentencia C-728 de 2009, la cual es la sentencia hito en esta línea jurisprudencial por la importancia de su contenido, la Corte estableció que, dado que el fundamento de la libertad de conciencia es el principio de autodeterminación, ésta, como derecho

---

<sup>81</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-332 de 2004. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>82</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. Jaime Araujo Rentería & Clara Inés Vargas Hernández.

de libertad, tiene i) un contenido externo que hace referencia a las acciones desplegadas por las personas; y ii) un contenido interno que garantiza el fuero interno de la conciencia, valga la redundancia<sup>83</sup>.

Con esto en mente, la Corte, tomando la objeción de conciencia como un corolario de la libertad de conciencia, estableció que ésta puede considerarse implícitamente reconocida en aquellos sistemas político-constitucionales en los que resulta reconocida<sup>84</sup>, creando, así, un derecho general a desobedecer por motivos de conciencia el cumplimiento de un determinado deber, aun cuando no exista un reconocimiento legal explícito de esa modalidad de objeción. No obstante, esto no significa que a persona tenga derecho a desobedecer (o a objetar) cualquier deber jurídico alegando su libertad de conciencia, pero sí supone que existe una justificación '*prima facie*' –o sea, dependiente de una evaluación final– de tal derecho, que estará sometido a los mismos límites que se establecen para el resto de los derechos y libertades protegidos por el ordenamiento.

Dicho esto, tal como se veía durante la exposición del alcance legal del artículo 18, hay un problema que se manifiesta de manera constante cada vez que tratamos un derecho fundamental que rige sobre acciones humanas que, en virtud de su razón práctica, de su pensamiento y de su íntima convicción, están permitidas: la posible ilicitud de tales acciones.

En este caso, a partir de la postura de la Corte, si la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral, la cual debe garantizarse en desarrollo de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución, cuando la exteriorización de las propias convicciones morales, con el propósito de evadir el cumplimiento de un deber jurídico, interfiere el ejercicio de los derechos de otras personas, tenemos un serio problema que, visto desde la óptica jurídica, recoge la primera parte del problema de investigación de este texto.

Es ahí entonces cuando, para la Corte, el asunto se convierte en un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, pues se trata de un problema de

---

<sup>83</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-728 de 2009. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>84</sup> *Ibídem*.

colisión entre el derecho individual y los valores, los principios, los derechos y/o los bienes protegidos por el deber jurídico<sup>85</sup>. Por esta razón, la Corte se enfoca en resaltar que las convicciones o las creencias que son objeto de protección constitucional, tienen que definir y condicionar la actuación de las personas, por lo que no puede tratarse de convicciones o de creencias que tan sólo estén en el fuero interno y vivan allí, que no trasciendan a la acción. En tal sentido, la Corte entiende que, en principio, no existe un deber constitucional de garantizar el derecho a no ser obligado a actuar en contra de su conciencia, pues no se estaría afectando de manera integral su vida y su forma de ser a menos que las convicciones o creencias formen parte de su forma de vida y que condicionen su actuar de manera integral. En otras palabras, para otorgarles protección constitucional por encima de otros derechos fundamentales, las convicciones i) no pueden ser modificadas fácil o rápidamente, ii) se deben tener siempre, por lo que no cuentan aquellas que se aleguen tener tan sólo hace poco tiempo; y iii) deben ser sinceras, lo que implica que no pueden ser falsas, acomodaticias o estratégicas.

Esta postura de la Corte, resulta absolutamente contraria al artículo 18 debido a que, como podemos recordar del análisis legal ya realizado, la Corte reduce la protección constitucional a lo que cada quien pueda demostrar para así “acreditar” su convicción o creencia, ignorando que uno de los presupuestos básicos de la libertad de conciencia es no estar obligado a revelar el contenido de ésta<sup>86</sup> y, también, a los postulados del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16<sup>87</sup>.

Luego de la sentencia del 2009, aun con los evidentes fallos presentes, la postura de la Corte se ha mantenido y se ha acomodado a las reglas jurisprudenciales del precedente emitido por esa corporación. Esto se puede observar claramente en la

---

<sup>85</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-728 de 2009. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>86</sup> Mariana Castrellón, La objeción de conciencia al servicio militar en Colombia: Análisis de la sentencia C-728 de 2009 y de sus efectos frente a los objetores de conciencia, En: Iturralde Sánchez, M., *“La objeción de conciencia como un derecho: estrategia jurídica para su reconocimiento frente al servicio militar”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2014, p. 50.

<sup>87</sup> Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

sentencia T-507 de 2016, en la cual, particularmente, quizás de manera intencionada, se resume el entendimiento del derecho a la libertad de conciencia según la Corte, en los siguientes términos:

- i) *Es la garantía de no ser perturbado en la adopción de decisiones, ante las cuales no pueden anteponerse argumentos netamente cuantitativos, ni preceptos abstractos (como la defensa del orden público), sino que debe analizarse las circunstancias específicas del caso.*
- ii) *Implica que no sólo existe el otro, la otredad o la alteridad, sino que el hombre debe hacer aún un esfuerzo para comprender que ese otro es distinto, a veces contrario y, sin embargo, es preciso convivir en el mundo con él.*
- iii) *Su ratio iuris es la inmunidad de toda fuerza externa que obligue a actuar contra las propias convicciones y que impida la realización de aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento. Además, tiene un doble destinatario: de un lado la persona que pretende actuar conforme a su fuero interno y el deber de los demás de respetarle.*
- iv) *Debe estar exenta de imposiciones externas, cuando la divulgación o práctica de ideas no cause daño a los demás.*
- v) *No tiene por objeto la protección de un determinado sistema de ideas. Es hacer lo que el individuo crea que es bueno o malo, en una situación concreta; también implica que nadie puede ser obligado a revelar sus convicciones y creencias.*
- vi) *Es exigible por personas naturales más no jurídicas, pues tiene como propósito la materialización de la dignidad humana.*
- vii) *Cuando su ejercicio implica el desconocimiento de una norma de rango legal adquiere el nombre de objeción de conciencia y se protege cuando se fundamenta en convicciones fijas, sinceras y profundas, las cuales debían ser exteriorizadas ante una amenaza<sup>88</sup>.*

Sin más que anotar frente al tratamiento que le ha dado la Corte al derecho a la libertad de conciencia, podemos iniciar el análisis de ese problema que se nos ha estado presentando una y otra vez a lo largo del texto: ¿Qué pasa cuando una persona que tiene una fuerte convicción de que debe actuar, pues, de no hacerlo, estaría yendo en contra de su conciencia, vulnera el orden jurídico? ¿Qué pasa si hay

---

<sup>88</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-507 de 2016. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

un conflicto entre un deber moral y un deber legal que se traduce, puntualmente, en una actuación delictiva?

## **2. Ejercicio de la libertad de conciencia como manifestación delictiva.**

Al abordar el alcance legal en el que se inscribe la libertad de conciencia y el desarrollo que éste ha tenido en la jurisprudencia constitucional colombiana, se puso de manifiesto que se trata, en pocas palabras, del derecho a acomodar la actuación individual a la propia visión del mundo o a las exigencias de la conciencia.

No obstante lo anterior, vimos también que el ejercicio de tal derecho puede traer consigo diferentes problemas puesto que, si la norma ordena un comportamiento que, desde el punto de vista del sujeto, está prohibido moralmente –o si prohíbe algo que es moralmente exigido-, se produce un conflicto desde una perspectiva ética en relación con unas normas objetivas más o menos estrictas, más o menos definidas, o cuya objetivación proceda de la afirmación de la norma o de un proceso racional subjetivo<sup>89</sup>.

Por esta razón, hoy en día es indiscutible que el derecho fundamental a la libertad de conciencia obliga al Estado a crear –en la medida de lo posible– alternativas neutrales frente a la conciencia para aquellos conflictos de conciencia que son tipificables<sup>90</sup>, de tal manera que se respete el derecho a la libertad de conciencia y se limite el ejercicio del mismo, dado que no puede predicarse con carácter absoluto, sino que presenta unos límites, derivados no sólo del clásico aforismo según el cual los derechos propios acaban allí donde empiezan los de los demás, sino también de

---

<sup>89</sup> Para que el conflicto tenga lugar es necesario que exista un “deber” como ley ética, que exprese una necesidad de carácter absoluto –exigencia independiente de nuestros deseos e intereses- y sólo condicionada en tanto cae bajo la decisión del sujeto, que podría no cumplir con esa exigencia si no quisiera. Por tanto, sobre el concepto de deber debe asentarse la cuestión de los conflictos entre las leyes y la conciencia, pero ello implica que debe hablarse propiamente de juicios de conciencia –y no simplemente de conciencia- en tanto que las decisiones de los sujetos en este aspecto implican silogismos en los que se aplica al caso real una norma moral. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, “Conciencia...”, p. 30.

<sup>90</sup> Claus Roxin, Una vez más: sobre el tratamiento jurídico-penal del hecho de conciencia, Traducido por: D. F. Tarapué Sandino, En: “*Revista Derecho Penal y Criminología*”, v. 35, n. 98, enero-junio 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 15.

la misma existencia de un ordenamiento jurídico que persigue disciplinar mínimamente a las personas, recurriendo a la coacción como medio para conseguir los objetos marcados por el poder político<sup>91</sup>.

Aún con esto en mente, la delimitación concreta entre la libertad de conciencia y la barrera del derecho positivo, así como su armonización en el ordenamiento jurídico, no es precisamente una tarea fácil de resolver y menos cuando el conflicto de conciencia se presenta en el ámbito del Derecho Penal<sup>92</sup>. Esto debido a que, cuando los juicios de conciencia afectan a comportamientos externos y, por tanto, a conductas reguladas en ocasiones por el Derecho Penal, éstos, inicialmente, aun infringiendo normas penales, estarían reconocidos como manifestaciones de un derecho fundamental en su expresión como conducta externa<sup>93</sup>, por lo que la motivación no reprochable de la actuación del autor transformaría automáticamente la conducta en algo “correcto” desde el punto de vista jurídico -aparte del juicio ético que pudiera merecer-<sup>94</sup>, sin importar que el que la conciencia determine la personalidad del sujeto no significa que éste comprenda en menor medida los fundamentos del orden jurídico establecido<sup>95</sup>. Esto, por supuesto, deja una serie de dudas con respecto a la punibilidad que tendremos que resolver a lo largo del texto.

Ahora bien, cabe aclararse que estamos hablando solamente de ciertos conflictos de conciencia, ya que, como ya ha sido mencionado durante la exposición del desarrollo jurisprudencial de la libertad de conciencia en Colombia y como también será

---

<sup>91</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 339.

<sup>92</sup> En la gran mayoría de los casos, las soluciones legales a tales conflictos posibilitan la libertad garantizada en la ley fundamental de actuar conforme a la conciencia pero también hay situaciones en las que el legislador (aún) no ha actuado, o en las que no puede actuar debido a la carencia de una alternativa neutral frente a la conciencia o a la singularidad de las circunstancias del caso, en las cuales, no obstante, se debe tomar en consideración una exención de la pena del autor de conciencia por lo menos en algunos casos. Todo esto será analizado a su debido tiempo. Para más información acerca de las circunstancias en las que se puede dar el conflicto de conciencia que nos interesa y su solución en la política criminal véase a Claus Roxin, *“Una vez más...”*, p. 16.

<sup>93</sup> A esto se le debe añadir que, al menos en principio, quien comete un hecho tipificado en la ley penal, intencionadamente y con convicción ideológica o por un deber ético o religioso, no actúa tal como el Derecho esperaba de él. Véase a Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia...”*, p. 42.

<sup>94</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 339.

<sup>95</sup> Leticia Jericó Ojer, *óp. cit.*, p. 49.

trabajado posteriormente, no cualquier tipo de conflicto tiene esos efectos ni inspira el mismo debate, sino sólo la contradicción con las ideas, creencias, valores y vivencias que constituyen el núcleo duro de la conciencia (convicciones) y que forman parte de la propia identidad personal como contenido esencial de la misma. Es decir, sólo las ideas y creencias que constituyen un sistema del que son inseparables y que comprometen a la persona como tal, dado que, para la persona, ser infiel a esas convicciones equivale a una infidelidad a sí mismo y, por tanto, un atentado a su propia dignidad personal, ya que la coherencia entre convicciones y comportamiento es el fundamento tanto del autoestima como de la estima de los demás<sup>96</sup>.

Entendido lo anterior, en este breve subcapítulo mostraremos los parámetros que usaremos para clasificar los delitos que resultan de un conflicto de conciencia y, así, definir cuáles son los delitos que nos interesan.

En esta exposición de parámetros, con base en la ponderación entre bienes jurídicos confrontados una vez hay un exceso, por así decirlo, en el ejercicio de la libertad de conciencia, analizaremos el nivel de relevancia del daño al bien jurídico, por lo que pasaremos por los delitos que: i) violan de manera insignificante el orden jurídico, por lo que pueden ser resueltos en sede de tipicidad; ii) las conductas que, aún siendo típicas, por vulnerar bienes jurídicos de inferior rango a la libertad de conciencia pueden estar cobijados por el legítimo ejercicio de un derecho; y iii) las conductas en las que se vulneran bienes jurídicos más importantes para el ordenamiento que la libertad de conciencia, donde la gravedad de los mismos implica una difícil ponderación.

En este sentido, los numerales 2.1 y 2.2, aunque en principio no parezca que tienen relación entre sí, porque efectivamente no la tienen, están clasificados y agrupados para seguir un proceso de descarte de actuaciones basado en la estructura misma del injusto personal para dejar de lado, desde ya, las conductas que, aunque puedan tratarse de delitos por convicción en un estadio previo, dado que no hemos entrado en esta materia pero llegaremos allí, desde la imputación objetiva no son relevantes para el Derecho Penal y, por ende, no son relevantes para nuestro estudio. Por

---

<sup>96</sup> Dionisio Llamazares Fernández, *“Derecho de la libertad de conciencia II”*, p. 322.



consiguiente, al llegar al breve acápite 2.3 habremos aislado, tan puntual como nos es posible, el objeto de estudio, es decir que sabremos, incluso antes de formular los postulados teóricos de la delincuencia por convicción, las conductas que nos interesa estudiar en el marco del Derecho Penal por el reto que significan en su interpretación y aplicación pero también un aspecto fundamental en la resolución del problema jurídico.

Sin más preámbulo en esta sección aclaratoria, damos inicio a la mecánica de exclusión de casos con aquellas conductas que, desde la lesividad, no representan un riesgo jurídicamente desaprobado relevante para el orden jurídico y, por lo tanto, pueden ser resueltas en sede de tipicidad o incluso antes.

## **2.1 Criminalidad de bagatela.**

Si partimos de la base que el ejercicio de la libertad de conciencia puede derivar en la realización de una conducta delictiva, aun sin haber clasificado tales conductas para ver si, efectivamente, cumplen con los requisitos que nos son relevantes para el estudio que estamos llevando a cabo, podemos pensar en una serie de ejemplos que se pueden ajustar a esta precaria definición.

Los más tradicionales y comunes pueden ser los delitos que se realizan con fundamento de una fuerte creencia religiosa, como cuando los testigos de Jehová se reusan a permitir una transfusión sanguínea, o por motivos morales como cuando, en protesta, alguien invade una reserva forestal, a cargo del Estado, para evitar que haya una tala indiscriminada de árboles.

Estos ejemplos y muchos otros más, serán tratados a lo largo de todo el texto en repetidas oportunidades, no obstante, para lo que nos interesa en este preciso instante, dado que estamos en el primer nivel de valoración de la afectación a los bienes jurídicos, nos quedaremos solamente con el del manifestante ambiental pues se puede resolver incluso sin necesidad de hacer uso de los términos del artículo 18 de la Constitución colombiana.

Este, como se puede observar, si lo analizamos punto por punto, es un típico caso en el que el ejercicio de la libertad de conciencia lleva a la comisión de un delito en los

términos que hemos manejado hasta el momento, ya que el manifestante está actuando siguiendo las convicciones que condicionan lo correcto en su entendimiento y, de no hacerlo, el manifestante sufriría, coloquialmente, cargo de conciencia. Ahora bien, para hacer lo que éste considera correcto, como es proteger el medio ambiente, vulnera disposiciones jurídicas como es el derecho a la propiedad en cuanto a que, como se vio, invadió un terreno ajeno<sup>97</sup>.

No obstante lo anterior, sin pretender hacer un gran estudio acerca de la materia, la invasión del manifestante se puede considerar como un crimen de bagatela por ser una vulneración insignificante a los bienes jurídicos, por lo que, en el ejercicio discrecional de la acusación penal, la fiscalía podría, al menos en el sistema penal colombiano, archivar su investigación por no tratarse de un riesgo jurídicamente desaprobado relevante desde un punto de vista valorativo<sup>98</sup> o, en su defecto, hacer uso del principio de oportunidad penal<sup>99</sup> para terminar de manera anticipada el proceso penal.

Esto, sin embargo, aunque resulte óptimo para que la justicia sea ágil desde el punto de vista de Derecho Procesal Penal, por las ventajas mismas de las figuras antes

---

<sup>97</sup> Domingo García Marzá, *Naturaleza y justificación de la desobediencia civil*, En: Xabier Etxeberria, *“Enfoques de la desobediencia civil”*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 18.

<sup>98</sup> Colombia. Ley 906 de 2004. Agosto 31. Diario Oficial No. 45.657 de 31 de agosto de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Artículo 79: *Archivo de las diligencias*. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

<sup>99</sup> ARTÍCULO 323. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1312 de 2009> La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

mencionadas, no será analizado de manera puntual en la investigación por dos razones: i) no se busca, en ningún caso, que los delitos por convicción sean impunes aunque esto tendrá una explicación satisfactoria conforme avanza la resolución del problema jurídico por lo que no será analizado de momento; y ii) como se ha dicho desde el inicio, el tratamiento jurídico-penal que se busca y se propone, al llegar a ese punto en la investigación, está anclado netamente en los presupuestos del Derecho Penal sustancial y, más puntualmente, en la parte general del mismo.

Lo anterior, no obstante, se verá con mayor claridad cuando analicemos el origen de la figura de la delincuencia por convicción en Radbruch en el segundo capítulo, con el fin de entender sus finalidades y sus diferencias con el delito político, lo cual, al tratarse de la separación de la parte especial del Derecho Penal, acentúa la importancia de centrarnos en los aspectos de la parte general. A pesar de todo, aun sin inmiscuirnos en tal debate, por respeto y por ajeneidad de materias, debemos reconocer, nuevamente, las virtudes que brinda el sistema acusatorio y, en su generalidad, el Derecho Procesal Penal para una posible excarcelación de delincuentes por convicción, especialmente con base en los postulados de la tesis de la conformidad de Molina López<sup>100</sup>.

Dejando esta anotación atrás, en este juego de descartar materias para acercarnos a la minucia del objeto de estudio, vamos a hacer una rápida exposición de la llamada “criminalidad de bagatela”, que ya sobresalió con brevedad, para poder establecer parámetros que nos sirvan para excluir aquellas conductas que, aunque en el papel parezcan adecuadas para el estudio, son insignificantes y no merecen un mayor estudio teórico.

Entendido lo anterior, la criminalidad de bagatela, término que es de uso común por parte de la inmensa mayoría de la doctrina al referirse a hechos contemplados en las leyes penales cuya reprochabilidad es escasa y cuyo ataque al bien jurídico protegido se considera de menor relevancia<sup>101</sup> y que ha sido recogido en

---

<sup>100</sup> Ricardo Molina López, *“La conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana”*, Bogotá, Ibañez, 2012.

<sup>101</sup> Se planteó en Europa como problema de índole general y progresivamente creciente a partir de la primera guerra mundial, ya que, al terminar ésta y, en mayor medida al final de la segunda confrontación, se produjo un notable aumento de delitos de índole patrimonial y económica de

jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia para hablar de la la antijuridicidad material y del principio de lesividad<sup>102</sup>, hace referencia a un ataque al bien jurídico insignificante, nimio y/o tan irrelevante que no requiere ni necesita una intervención penal y esta puede darse de dos maneras: i) por un lado puede tratarse de una infracción propia, que es la que nace sin relevancia penal, ya sea porque no hay desvalor de la acción, no existe peligrosidad en la conducta -es decir, idoneidad ofensiva de relieve-; o ii) porque no hay desvalor de resultado y no se trata de un ataque grave o importante al bien jurídico. En todos estos casos se aplica directamente el principio de insignificancia y se excluye la tipicidad penal -más precisamente la tipicidad material-<sup>103</sup>. Por otro, puede ser impropia en el sentido de que nace con relevancia para el derecho penal porque hay desvalor de la conducta, así como desvalor del resultado, pero después se comprueba que, en el caso concreto, resulta totalmente innecesaria la aplicación de la pena<sup>104</sup>.

Frente a ese último punto de la necesidad de la pena volveremos con posterioridad. Sin embargo, lo que debemos tener en cuenta, que justifica este corto acápite, es que no nos interesan, en ningún sentido, aquellas conductas que, aun encuadrándose en los presupuestos normativos de tipos penales, resultan insignificantes para el Derecho Penal, por lo que ya podemos ir haciéndonos una idea acerca de lo que buscamos.

Dejando de lado la criminalidad de bagatela, es momento de analizar la objeción de conciencia frente a disposiciones jurídico penales.

---

pequeña relevancia y frecuente comisión. Para más información véase a Teresa Armenta Deu, *"Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España"*, Barcelona, PPU, 1991, p. 23.

<sup>102</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2013. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero. Aprobado Acta No. 131.

<sup>103</sup> Luiz Flávio Gomes, Infracciones de bagatela y principio de insignificancia, En: José Luis Guzmán Dálbora & Alfonso Serrano Maíllo, *"Derecho Penal y criminología como fundamentación de la política criminal: Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez"*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 753.

<sup>104</sup> Luiz Flávio Gomes, óp. cit., p. 754.

## 2.2 La objeción de conciencia en el Derecho Penal.

Si bien acabamos de ver que de la exteriorización de los juicios de conciencia pueden darse conductas que, aun pareciendo delictivas, pueden descartarse por la insignificancia del daño al bien jurídico mas que por razones político criminales – aunque tenga un tinte valorativo-, en este momento mostraremos las conductas que corresponden al segundo nivel, conductas en las que, por el contrario, hay un daño al bien jurídico relevante desde un plano valorativo pero están justificadas –y por ende se pierde la antijuridicidad-, en el caso particular, por tratarse de un ejercicio legítimo de un derecho fundamental como lo es ser objeciones de conciencia frente a disposiciones jurídico penales<sup>105</sup>.

Ahora bien, aunque en su debida oportunidad se hará un análisis detallado de la relación de las convicciones y la conciencia en el injusto personal, dado que la objeción de conciencia ha sido objeto de debate en la dogmática penal, lo cual es objeto de estudio en el capítulo tercero, en este momento queremos centrarnos puntualmente en la ponderación de derechos de la que se hablaba previamente. Puesto que, cuando hay un daño relevante a un bien jurídico causado haciendo uso de la libertad de conciencia, la primera opción es determinar si hay un derecho que prevalece sobre el otro.

Entendido lo anterior, si recordamos un poco lo que ha sido estipulado hasta el momento, objetar un mandato jurídico por razones de conciencia implica el ejercicio autónomo, íntimo e individual sobre lo que cada quien considera correcto o incorrecto<sup>106</sup>, por lo que, entonces, la objeción de conciencia es una manifestación de

---

<sup>105</sup> Aun cuando el fenómeno social de la objeción de conciencia al servicio militar o a la práctica del aborto ha encontrado un cierto desarrollo normativo en la mayor parte de los países occidentales, existen aspectos de estos conflictos y ámbitos diferentes en los que se reclama una previsión de alternativas que no quedan cubiertos por las normas positivas vigentes, al menos de forma expresa. Por esta razón, no se vislumbra la posibilidad de un tratamiento unitario de todos los conflictos vinculados a las decisiones éticas de los individuos cuando su infracción convierte el comportamiento inicial de subsunción para el intérprete del Derecho Penal. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia y Derecho Penal: Límites a la eficacia del Derecho Penal en comportamientos de conciencia”*, Granada, Comares, 1994, p. 1.

<sup>106</sup> Mariana Castrellón, *óp. cit.*, p. 18.

la libertad de conciencia, a tal punto que sería un error entender la objeción de conciencia sin conocer su carácter esencial de proyección dinámica de la libertad de conciencia y, por tanto, su naturaleza de derecho fundamental.

No obstante, si se reconoce el enjuiciamiento moral de los comportamientos, esto implica también una posibilidad de un juicio moral sobre las normas jurídicas que ordenan o prohíben conductas<sup>107</sup>, lo que lleva a que, pese a los intentos de vincular la vigencia de la norma jurídica a la aprobación moral de los individuos, no pueda evitarse realmente que, en determinadas circunstancias, el sujeto se encuentre en un conflicto propio con la ley de la comunidad jurídica<sup>108</sup>, puesto que presenta tensión entre el deber general de cumplir una norma y el mandato de la conciencia que indica que es incorrecto cumplir dicha norma.

Ahora bien, si entendemos que, contrario a las actuaciones por motivos de conciencia, la objeción de conciencia es el derecho que permite el incumplimiento de obligaciones por razones de conciencia<sup>109</sup>, dado que ésta opera, de manera prevalente, en los supuestos en los cuales el individuo se abstiene del cumplimiento de un mandato constitucional, legal, administrativo, judicial o contractual, invocando para ello reparos morales gravemente excepcionales que le impiden

---

<sup>107</sup> La objeción de conciencia es una reacción individual ante una auténtica contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica (de manera que una prohíbe lo que la otra tipifica como obligatorio), y no ante la mera discordancia por regular el Derecho imperativamente una conducta que la conciencia individual considera de libre decisión personal. Ahora bien, la contradicción puede adoptar dos formas: la norma de conciencia prohíbe lo que la norma jurídica impone como obligatorio o, a la inversa, la norma de conciencia impone como obligatorio lo que la norma jurídica prohíbe. Para más información véase a Dionisio Llamazares Fernández, *“Derecho de la libertad de conciencia II: conciencia, identidad personal y solidaridad”*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 320.

<sup>108</sup> Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia...”*, p. 6.

<sup>109</sup> Se trata de un derecho que supone la asunción de la idea de que las decisiones mayoritarias, o si se prefiere apoyadas en el consenso, pueden afectar en determinados casos, a los individuos, llegando a situarse en ocasiones, frente a su conciencia. Para más información véase a Rafael de Asís Roig, Libertad ideológica y objeción de conciencia, En: María Isabel Garrido Gómez & María del Carmen Barranco Avilés, *“Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en Derecho y educación”*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2011, p. 39.

actuar conforme al derecho<sup>110</sup>, los delitos que se ven acogidos por esta disposición son aquellos que se derivan del incumplimiento de algún otro precepto legal.

Sin embargo, así como nos ha pasado desde el inicio de la investigación, en Colombia el panorama para el análisis de la objeción de conciencia como justificante de la conducta es desolador<sup>111</sup>. Esto debido a que la doctrina penal nacional es exigua en el tema y, desde la jurisprudencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a duras penas, se ha ocupado de la objeción de conciencia del testigo para prestar juramento y los efectos de este en el valor del testimonio, mientras que la Corte Constitucional se ha ocupado de estudiar esta institución en diversas cuestiones como el aborto, el servicio militar obligatorio, la imparcialidad judicial, el ejercicio profesional, la salud, educación o el régimen de bancadas de partidos políticos, más no lo ha hecho desde la perspectiva de la realización de un delito y éste, muy seguramente, necesite analizarse a la luz de las causales de exclusión de la responsabilidad penal<sup>112</sup>.

En otros países, como España por ejemplo, se ha planteado la objeción de conciencia frente a los delitos que resulten de la no prestación del servicio social sustitutorio cuando ya se ha objetado conciencia frente al servicio militar<sup>113</sup> y se ha dicho que, cuando respetar la libertad de conciencia supone tanto como admitir la lesión de bienes jurídicos para la existencia del propio Estado o de su sistema político u orden constitucional, parece lógico que el Estado no conceda ninguna alternativa y sancione el ataque a los mismos. No obstante, esta respuesta estatal puede matizarse con respecto al tipo de ataque y con respecto al tipo de Estado o sistema político que puede atacarse por una decisión de conciencia<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Ricardo Posada Maya, *"La objeción de conciencia..."*, p. 133; Mariana Castrellón, óp. cit., p. 18.

<sup>111</sup> Frente a la tipicidad nos quedamos con que, por tratarse, en muchos casos, de delitos insignificantes, muchas veces los delitos derivados del ejercicio de la libertad de conciencia eran archivados y no activaban la acción penal.

<sup>112</sup> Ricardo Posada Maya, *"La objeción de conciencia..."*, p. 106.

<sup>113</sup> España. Ley 22 de 1998 (6 de julio). Reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria. BOE-A-1998-16132.

<sup>114</sup> Francisco Muñoz Conde, *La objeción de conciencia en Derecho Penal*, En: Jesús María Silva Sánchez, *"Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin"*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 282.

Así entonces, dado que, desde luego, no es lo mismo una simple discrepancia respecto a la norma política del Estado que el homicidio del jefe de Estado, por más que la motivación de conciencia sea la misma en ambos casos, si la discrepancia respecto a cierta norma está tipificada como delito puede entenderse justificada cuando el derecho a la libertad de conciencia, una vez se haga la respectiva ponderación, esté por encima de lo que se protege en la norma objetada.

Esto nos lleva, directamente, a que, si volteamos la balanza, se pueda decir que el empleo de violencia como forma de ataque a los bienes jurídicos no puede justificarse por razones de conciencia<sup>115</sup>, pues el bien jurídico protegido puede prevalecer por encima que el derecho a la libertad de conciencia individual, lo cual será mejor tratado en la causa de justificación que se analiza en el capítulo tercero.

Entendido lo anterior, es momento de analizar justamente esa desproporción entre bienes jurídicos, o sea, cuando el ataque al bien jurídico no es insignificante, por lo que no da paso a la atipicidad, y cuando la libertad de conciencia, así como la objeción de conciencia, no justifica el delito.

### **2.3 La desproporción entre bienes jurídicos.**

Una vez descartamos de este estudio las conductas que no nos son relevantes porque: i) son crímenes de bagatela en tanto no presentan riesgos desaprobados relevantes y, en consecuencia, no se traducen en violaciones a normas jurídico penales, por lo que desde la imputación objetiva no darían pie a la tipicidad; y ii) aun siendo objetivamente imputables y traducéndose en la violación a normas jurídico penales no prevalecen en la responsabilidad penal pues, una vez

---

<sup>115</sup> Este es el principal argumento contra el terrorismo. Pero también en este caso cabe hacer alguna matización en función del tipo de Estado y de sociedad contra los que se dirige el terrorismo. Así, por ejemplo, no es lo mismo la lucha, incluso violenta, contra un sistema político opresor, negador de las libertades y de los derechos humanos más fundamentales, que el atentado terrorista contra una escuela, o contra miembros de las fuerzas de orden público en un país democrático. Para más información véase a Francisco Muñoz Conde, *“La objeción de conciencia...”*, p. 282.



confrontadas con el derecho constitucional a la libertad de conciencia<sup>116</sup> se trataría de acciones típicas justificadas por ser ejercicios legítimos de derechos fundamentales, restan aquellas conductas que, siendo típicas, no están cobijadas por la causal de ausencia de antijuridicidad porque el daño que causan supera desproporcionadamente los parámetros que consagra la libertad de conciencia y, por ende, entran en la órbita del *ius puniendi* estatal.

Por ende, aunque, como se dijo, puede –y será– sujeta a cambios a medida que el texto avance, sobretudo cuando nos adentremos en tópicos correspondientes a la necesidad y al merecimiento de la pena, si recordamos la fórmula matemática planteada en la introducción del texto para diagramar la metodología de la resolución del problema (“T + A + C = RP”), la cual, tenemos que “T” y “A” permanecen virtualmente inmutables ante la incidencia de las convicciones personales y su alcance en la libertad de conciencia.

Así entonces, este corto acápite no es otra cosa que el cierre del objeto de estudio, siendo éste la libertad de conciencia en contraposición con la normativa penal, pues ya hemos descartado situaciones de posible atipicidad y situaciones de posible justificación por ausencia de antijuridicidad como se dijo antes de la clasificación, por lo que entonces sólo restan en la ecuación aquellas conductas que vulneran mayores derechos a los que dicen proteger (como, por ejemplo, la vida o la integridad personal enfrentados a la libertad de conciencia) y son las que presentan conflictos que no tienen fácil resolución en el ordenamiento jurídico y que constituyen el núcleo esencial del problema jurídico a resolver, por lo que serán las conductas centrales del texto.

---

<sup>116</sup> Cuando ponderamos intereses o de bienes jurídicos -en este caso de libertad de conciencia-, se llevan a cabo dos tipos de operaciones lógicas que, en conclusión, dan resultados similares. Por un lado, mediante la ponderación, se puede limitar el conflicto de deberes para impedir que el reconocimiento de un deber moral se extienda a intereses en los que se considera que el orden jurídico no puede permitir la afectación de derechos ajenos, o también se puede limitar inmanentemente el derecho fundamental desde un principio para, así, impedir el planteamiento del conflicto en la esfera de esos mismos intereses; por otro, se reconocen efectos directos desde la constitución, partiendo, en ocasiones, de una especie de eficacia mediata de aquella, pues su función es elevar a rango de norma jurídica el deber de carácter moral. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, “Conciencia...”, p. 166.

Entendido lo anterior, lo que nos interesa estudiar, habiendo descartado, al menos temporalmente, puesto que volveremos a este aspecto con mayor detalle en el capítulo tercero, los delitos por convicción que no superan los umbrales de tipicidad y de antijuridicidad, son aquellas conductas que vulneran, al llevarse a cabo, al menos aparentemente, bienes jurídicos protegidos por el Estado iguales o mayores a la libertad de conciencia -por lo que se traducen en conductas de infracción de normas castigadas con penas-. Con esto, ya sabemos cuáles son las conductas que nos interesan realmente y podemos cerrar y centrar el objeto de estudio alrededor de esta llamada “desproporción de bienes jurídicos” para hacer referencia a conductas que vulneran bienes jurídicos de mayor entidad que la libertad de conciencia en la protección e esta última, con lo que, adicionalmente, podemos entrar en uno de los debates más anticipados hasta el momento: la definición formal de tales conductas en tanto ya podemos mirar con profundidad los postulados teóricos de la figura de análisis.

### **3. Definición de delincuencia por convicción.**

En resumidas cuentas, a lo largo del texto hemos visto i) cómo se definen las convicciones y cómo encajan éstas en la conciencia personal individual, ii) cómo se integran éstas al ordenamiento jurídico y cómo se protegen a nivel constitucional, iii) que las acciones que se despliegan con base a una convicción -y para no lastimar su conciencia- pueden derivar en conductas delictivas; y iv) que no todas las conductas delictivas nos interesan, ya que unas pueden ser ataques insignificantes al bien jurídico -de tal manera que son atípicos- o porque, aun siendo formas indebidas de ataques relevantes al bien jurídico, por ser éstos una objeción directa a la norma penal, no prevalecen una vez se contraponen y se ponderan con la libertad de conciencia y al derecho a no obedecer la ley cuando ésta resulte contraria a la conciencia, pues ésta resulta más importante y justifica su comisión -de tal manera que no son, tampoco, antijurídicas-.

Por esta razón, aun sin haber entrado en el correspondiente debate, nos quedamos con los delitos que violentan bienes jurídicos iguales o mayores a la libertad de conciencia.

Habiendo contextualizado y aclarado todo eso una vez más, cabe anotarse que, además, dado que el estudio sobre los delitos que se realizan con base en una convicción -y más precisamente el “delincuente por convicción” o el “autor por convicción”- tiene sustancialmente sus raíces en la criminología, se hará un estudio interdisciplinar, en la medida de lo posible, para definir tal figura.

Entendido lo anterior, la definición del tipo criminológico que se ha manejado hasta el momento ha mostrado que sus matices definitorios residen en una motivación impulsada por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo al que valora más altamente que el derecho estatal vigente<sup>117</sup>, por lo que resulta bastante omnicomprendensiva.

Así pues, ateniéndonos a la fórmula de la existencia de un íntimo y decisivo móvil de estar obligado al hecho a causa de su convicción moral, política o religiosa<sup>118</sup>, los casos que podríamos tratar irían desde el terrorista que, por ejemplo, asesina alevosamente “por convicción” a varias personas inocentes, hasta determinadas formas delictivas de desobediencia civil como medio de protesta política.

Por esta razón, partimos de la idea de que hay toda una gama de situaciones en las que, ya sea la motivación ideológica del delito, o la existencia de un conflicto de conciencia, pueden revestir formas muy diversas que condicionen posturas distintas sobre la intervención penal, pero todos estos supuestos tienen en común la presencia de un elemento ideológico que opera en la motivación del delito, con independencia de que puedan a la vez concurrir otras motivaciones de carácter emotivo o pasional, o que detrás del motivo intelectual subyazca un complejo de fenómenos psíquicos radicados en la estructura de la personalidad, a menudo inconscientes, que desde el ángulo de la psicología puedan ofrecer una explicación al comportamiento de quien delinque en virtud de una decisión ideológica o de conciencia<sup>119</sup>.

Esto, por supuesto, nos obliga a restringir el alcance de la figura, por lo que, para

---

<sup>117</sup> Este orden de normas puede ser, como ya se ha visto, de naturaleza política, religiosa, de honor, de ética profesional o de ética general. Para más información véase a Ernest Seelig, *“Tratado de criminología”*, Traducido por: J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1958, p. 169.

<sup>118</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 341.

<sup>119</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 342.

definirla y delimitarla correctamente, partiremos de entender en qué ha consistido la delincuencia por convicción a lo largo de la historia, pasando por las posturas de grandes doctrinantes de la dogmática penal, para luego diferenciar propiamente entre el autor por convicción y el que obra por motivos de conciencia, así como del autor por convicción y el desobediente civil.

### 3.1 Historia

#### 3.1.1 El inicio con Radbruch.

La introducción del término “delincuente por convicción” (*Überzeugungsverbrecher*) tiene su origen en el año 1922, cuando Gustav Radbruch, entonces Ministro de Justicia de la República de Weimar<sup>120</sup>, propuso, en el Proyecto de Código Penal de 1922 -como también sería recogido con posterioridad en el Proyecto oficial de 1925<sup>121</sup>-, un tratamiento diferenciado en aquellos casos en los que el autor se siente obligado al hecho por convicciones éticas, políticas y religiosas<sup>122</sup>. Tal tratamiento diferenciado consistía en un posible privilegio a través de la imposición de una pena de encierro (*Einschliessung*) con la misma duración que la correspondiente de prisión rigurosa<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Gustav Radbruch vivió a lo largo de cuatro periodos de la historia constitucional alemana, el imperio del káiser (*Kaiserreich*), que desembocaría en la Primera Guerra Mundial y en la revolución de noviembre de 1918, la República de Weimar, la dictadura nacional-socialista y finalmente el periodo de reconstrucción del Estado de derecho alemán a partir de las ruinas de la segunda guerra mundial. Fue Ministro de Justicia entre 1920 y 1924, en cuyo cargo, por su pertenencia a la escuela de Franz Von Liszt, quiso mejorar el Derecho Penal, modernizar los procesos, el sistema de penas y el tratamiento para los delincuentes, ya que la ley debía ser menos rígida, más humana y más dúctil para poder adaptarse mejor a todas las posibles variaciones psicológicas del ser humano. Para más información acerca de la vida y el aporte de Gustav Radbruch, véase a María Virginia Martínez Bretones, “*Gustav Radbruch: Vida y obra*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 15.

<sup>121</sup> Romina Monteleone, El autor por convicción y su relevancia en el Derecho Penal de principios de siglo XXI, En: “*Ámbito Jurídico*”, VIII, n. 22, 2005. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=453](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=453) [Consultado por última vez el 1 de febrero de 2017].

<sup>122</sup> Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 277.

<sup>123</sup> Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 67.

Puntualmente, el texto del Proyecto de Código Penal alemán de 1922, también conocido como el Proyecto de Código Penal de Radbruch, establecía en el párrafo 71 que:

*“En lugar de prisión rigurosa (strengem Gefängnis) y prisión (Gefängnis) se impondrá la pena de arresto (Einschliessung) de igual duración, si el motivo decisivo del autor es que éste se sienta obligado por sus convicciones éticas, políticas y religiosas”*<sup>124</sup>.

A raíz de esto se puede entender que, para Radbruch, el punto de partida del delincuente por convicción es que éste es un tipo especial de delincuente, diferenciado del delincuente común<sup>125</sup>, tan evidente como el delincuente pasional, accidental, por disposición o de costumbre, aunque la especialidad de éste radica en sus características desde el punto de vista psicológico-criminal<sup>126</sup>. Ahora bien, esta particularidad psicológica no gira en torno a un carácter altruista de la decisión tomada por el delincuente por convicción, ya que ésta es tan egoísta como la del delincuente común pues busca la satisfacción de su egoísmo en ideas sociales; y tampoco se trata de la ausencia de reconocimiento de la norma de protección o del bien protegido, sino que radica en el hecho de que el delincuente por convicción hace una reflexión sobre el orden normativo en el que actúa y llega a la conclusión

---

<sup>124</sup> Una fundamentación detallada puede verse en Gustav Radbruch, *Der Überzeugungsverbrecher*, En: *ZStW*, 44, 1924, p. 35. El proyecto de 1925 era igual mientras que los proyectos de 1927 y 1930 decían que: “En lugar de penas previstas de reclusión o prisión se aplicará encierro (*Einschliessung*) de la misma duración, si el autor ha actuado por motivos dignos de consideración y (siempre que) el hecho no resulte especialmente reprochable por su forma de ejecución o por las consecuencias de las que sea culpable”.

<sup>125</sup> Este último se encuentra en contradicción consigo mismo, por lo que el Estado le hace frente para defender su propia existencia. Para más información véase a Leticia Jericó Ojer, *óp. cit.*, p. 67.

<sup>126</sup> En esta construcción convergen, de una u otra forma, por un lado, la influencia del positivismo naturalista, que despertó el interés del reconocido penalista alemán por la caracterización del autor por convicción como tipo criminológico y, por otro, el relativismo jurídico que profesaba, que le llevaba a oponerse a una ética de Estado absoluta. Para más información véase a Josep María Tamarit Sumalla, “*Libertad de conciencia...*”, p. 393.

de que la regla infringida tiene menor relevancia que la respetada<sup>127</sup>, por lo que cree estar excusado por la propia lógica de su hecho en particular<sup>128</sup>, evidenciando que, para él, la autoridad pública representa una convicción totalmente distinta<sup>129</sup>.

Con esto en mente, Radbruch entendía que el delincuente por convicción es tan solo alguien que piensa de otra manera<sup>130</sup>. Por lo tanto, en el sentido en que está delinquiriendo, hay que combatirlo en interés de la preservación del actual poderío moral, religioso o político<sup>131</sup>, pero no se le puede imponer, con sensatez, medidas correctivas o retributivas, en cuanto a que, quien se siente obligado por su convicción de deber (*Pflichtüberzeugung*) a tal punto que esa convicción es

---

<sup>127</sup> Una base necesaria para sostener la validez de un concepto psicológico del autor por convicción es la posibilidad de que sea reconocible por elementos exteriores. Así, el asesino de una persona de cierta relevancia pública que tras cometer el hecho se presenta de inmediato a la policía, y al cual le preocupa precisamente ese carácter público de la víctima, es presumiblemente un delincuente por convicción. Véase a Carlos Pérez del Valle, “Conciencia...”, p. 59.

<sup>128</sup> Esto no significa que Radbruch piense que el delincuente por convicción reconozca siempre la norma, sino que puede o no reconocerla sin que esto sea decisivo para su caracterización como tal. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, “Conciencia...”, p. 58.

<sup>129</sup> Gustav Radbruch, *Der Überzeugungsverbrecher*, En: ZStW, 44, 1924, p. 35.

<sup>130</sup> Gustav Radbruch, *El delincuente por convicción*, Traducido por: J. L. Guzmán Dalbora, En: “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, no. 07, Granada, Universidad de Granada, 2005, p. 3.

<sup>131</sup> Radbruch fundamenta su argumento en que “el Estado democrático no estaría construido sobre la aceptación de una verdad política demostrable e indudable sino que conoce sólo opiniones de la mayoría y la minoría. Habría solamente ideas de Estado en lucha entre sí pero ninguna ética de Estado absoluta. Así entonces, realmente sólo se conocen ideas éticas de Estado: una idea de extrema derecha, una de conservadurismo, una idea de democracia, una de liberalismo, una de socialismo, una del comunismo, mas no una idea general del Estado sino ideas de Estado en lucha entre si. Para más información véase Gustav Radbruch, *V. D.J.T.*, Bd. II, 1926, p. 414. Citado por Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 42.

precisamente el motivo decisivo que conduce a actuar de esa manera<sup>132</sup>, no precisa ser corregido ni resulta merecedor de retribución<sup>133</sup>.

De este modo se planteaba por primera vez un tratamiento especial, no para determinados tipos de la parte especial en particular –característica del tratamiento del delito político hasta entonces-, sino en un precepto de la parte general, es decir para todos los tipos delictivos en los que el motivo decisivo para el autor fuera el hecho de que se considerase obligado por sus convicciones éticas, políticas o religiosas<sup>134</sup>. Así, el talento de Radbruch no sólo dio con la originalidad de la designación, sino que supo ir más allá del criterio tradicional, procedente del siglo XIX, que ceñía el debate al delincuente político<sup>135</sup>.

No obstante lo anterior, hubo diferentes críticas a tal propuesta de Radbruch. Ya sea porque:

- i) el tipo psicológico de autor, así como la convicción como criterio para disminuir o cambiar la pena, se caía cuando se intentaba reconocer al delincuente por convicción como un único tipo de autor de perfil nítido y riguroso, ya que no se diferenciaría a quien mata a una persona de quien mata cien<sup>136</sup>, dado que el mantenimiento de un concepto de convicción apriorístico

---

<sup>132</sup> Esta definición implica dos cosas: i) que el autor se sienta obligado por sus convicciones (*Pflichtüberzeugung*) y ii) que esa convicción sea el motivo decisivo de su actuación (*Ausschlaggebendes Motiv*), aunque no el único. Por lo que se trata de un concepto claramente influenciado por la escuela positiva donde se establecieron las bases científicas para sostener la validez de un concepto psicológico, así como las ideas de uno de sus máximos exponentes, Enrico Ferri. Para más información véase a Nagler, J. *Der Überzeugungsverbrecher*, En: "*Der Gerichtssaal*", Bd. 94, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Ente, 1927, p. 51. Citado por Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 41.

<sup>133</sup> Gustav Radbruch, "*El delincuente...*", p. 4.

<sup>134</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 39.

<sup>135</sup> Hans Joachim Hirsch, *Derecho penal y autor por convicción*, Traducido por: P. Laurenzo Copello, En: "*Obras Completas*", vol. 3, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 171-207.

<sup>136</sup> No obstante, la concepción del delincuente por convicción no merecía desaprobación desde la lógica. Lo que generaba problemas realmente era la dificultad en la comprobación de los casos; es decir, si el tipo psicológico definido puede ser delimitado y claramente reconocible. Este problema se manifiesta cuando debe comprobarse que la convicción haya determinado el hecho en forma preponderante, porque ello sólo puede decidirse emitiendo un juicio de valor que permita al juez

no puede producir ningún análisis psicológico, pues no es una evidencia en sentido lógico, sino la mera sensación psicológica de certeza subjetiva<sup>137</sup>;

ii) se creía que su fundamento no era idóneo para el Código Penal en cuanto a que eliminaba el talante ético-social de la norma y planteaba un conflicto ético-individual pues implicaba un “extremo relativismo” y una “ética individual” demasiado amplia en algunas oportunidades -cuando la convicción moral, religiosa o política sea inmoral o ataque a los intereses de la vida del Estado o los particulares- y otras veces excesivamente estrecha – los delitos culposos no podrían ser sancionados-<sup>138</sup>;

iii) la pena se aplica para hacer pagar al infractor del derecho con una pérdida de igual valor en derechos o bienes jurídicos aunque el Estado, en efecto, no esté legitimado para obligar a sus ciudadanos a adoptar ciertas convicciones éticas<sup>139</sup>;

iv) el que se le privilegie a quien, por sus convicciones personales, está obligado a lesionar el Derecho es la auto negación de la idea de Derecho, por lo que no habría seguridad jurídica<sup>140</sup>; y

v) el régimen nacionalsocialista la adoptó, a su manera, con la fórmula de la "custodia honesta" en caso que el autor hubiera obrado por "motivos honrosos", llevándola, entonces, a su total desacreditación como propuesta válida en el seno de un Derecho Penal democrático<sup>141</sup>.

Por todo esto, aunque en el proyecto Radbruch de Código Penal -y en los que le sucedieron en los años veinte- se preveía la pena privativa de la libertad no

---

tratar de distinta manera un asesinato de otros. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, “Conciencia...”, p. 65.

<sup>137</sup> Wolf, *Verbrechen aus Überzeugung*, 1927, 10, 12, 21, citado por Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 68. Esta crítica que le hace Wolf tiene problemas a su vez en cuanto a que se dirige la convicción hacia un deber y se descarta la posibilidad de que se dirija a un poder actuar en sentido de permiso. Véase a V. Liszt, ZStW 16 (1896), 493, citado por Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 69.

<sup>138</sup> Josep María Tamarit Sumalla, “La libertad ideológica...”, p. 349.

<sup>139</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 48.

<sup>140</sup> María Virginia Martínez Bretones, óp. cit., p. 15.

<sup>141</sup> Josep María Tamarit Sumalla, “Libertad de conciencia...”, p. 393.



infamante para la delincuencia por convicción, basado en que todas las concepciones políticas y existenciales demandaban una consecuencia jurídica no discriminatoria, la idea de Radbruch fue perdiendo fuerza poco a poco y no fue sino hasta la década de los 60 cuando revivió el debate gracias a Welzel y su diferenciación de autores por motivos de conciencia y autores por convicción en sentido estricto<sup>142</sup>, ya que, como se verá a continuación, esto fue lo que permitió el afinamiento de los conceptos dogmáticos para reconocer la causa de justificación que se desprende del ejercicio legítimo del derecho constitucional a la libertad de conciencia, la cual ya hemos vislumbrado de manera breve, así como el tratamiento jurídico penal que debe dársele a la autoría por convicción, que es aún materia de controversia y conforma uno de los capítulos más delicados de la doctrina de la culpabilidad en el marco de la teoría del delito y uno de los capítulos de este trabajo.

### **3.1.2 El reinicio con Welzel.**

Una de las críticas que se le realizaron a Radbruch, de las tantas que tuvo, por su fórmula acerca del delincuente por convicción y del tratamiento que éste debía recibir, es que, en términos generales, había sido usada durante el nacionalsocialismo y, por eso, era imposible de aplicar en un contexto garantista como el que surgía en el mundo occidental una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial<sup>143</sup>.

Ahora bien, más allá de que el uso por parte de los Nazis signifique algo digno de olvidar en el prontuario de la fórmula propuesta por Radbruch, lo cierto es que todo el Derecho Penal fue repensado durante esa época y el concepto de delincuente – general, no sólo por convicción- dejó de ser criminológico o sociológico, para pasar

---

<sup>142</sup> Hans Joachim Hirsch, óp. cit., p. 198.

<sup>143</sup> Sin embargo, al menos desde las experiencias del nacionalsocialismo, se introdujeron las necesarias reservas en el modo de enjuiciar este grupo de casos. Un hecho no se hace merecedor de especial consideración o incluso de respeto porque tenga su origen en motivos político-existenciales. Por el contrario los mayores crímenes contra la humanidad ocurridos durante el siglo XX se cometieron en nombre de convicciones político-ideológicas: las de los bolcheviques y estalinistas, de los nacionalsocialistas y los fundamentalistas. La idea de estar en posesión de la verdad absoluta es lo que ha hecho posible estos crímenes. Es más, prácticamente todo delito viene acompañado de algún motivo que el autor considera preferente. Hans Joachim Hirsch, óp. cit., p. 198.

a ser un concepto surgido de una visión de la esencia de las cosas que coincide con la que tiene el pueblo, que es el afectado por la traición del autor. De este modo, se eliminaban todas las garantías que había implicado el desarrollo de la teoría del tipo, en cuanto a establecer un marco determinado de la actividad punible<sup>144</sup>. Esto lo revisaremos también cuando denotemos las similitudes con el concepto de Derecho Penal del Enemigo.

Así entonces, durante la posguerra, debido a que se produjo una consideración crítica tanto de los planteamientos exclusivamente jurídico-valorativos como de aquellos que, acentuando tal dirección y la positividad del Derecho, llegaron a afirmar que el poder se demuestra justamente en la imposición de sus normas, se volvió al derecho natural<sup>145</sup> en busca de la racionalidad perdida con el nacionalsocialismo, en aras de encontrar bases trascendentales que resulten evidentes para la razón humana<sup>146</sup>.

Fue entonces, en la década de los 50, tras la Segunda Guerra Mundial, en esa reorganización del Derecho, cuando se llega al concepto de Derechos Humanos como verdades incommovibles y, en consecuencia, se expide el artículo 4 de la Ley Fundamental que hace referencia a la libertad de conciencia<sup>147</sup>, con lo que se volvió a la discusión sobre el delincuente por convicción<sup>148</sup>. No obstante, la vuelta al debate trajo consigo la imposición de voces críticas ante un tratamiento singularizado de tal autor y las opiniones que proponían vías de restricción a la aceptación de ciertos

---

<sup>144</sup> Juan Bustos Ramírez, *“Introducción al Derecho Penal”*, Bogotá, Temis, 1986, p. 173.

<sup>145</sup> Hay principios jurídicos superiores a toda disposición legal, de tal modo, que una ley que esté en contradicción con ellos carece de validez. Se califica a estos principios como derecho natural o derecho de la razón. Para más información véase a Gustav Radbruch, *“Der Mensch im Recht”*, Göttingen, 1957, p. 107. Citado por Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 53.

<sup>146</sup> Tal es el caso del propio Radbruch, quien después de ser el más grande detractor del derecho natural como filósofo relativista, pasa posteriormente a ser un decidido defensor de él. Para más información véase a Juan Bustos Ramírez, *“Introducción...”*, p. 178.

<sup>147</sup> Esto fue el punto clave en la conducción a que, en las décadas posteriores, el concepto de autor por convicción se entendiera con frecuencia en el sentido restringido de autor de conciencia. Para más información véase a Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 173.

<sup>148</sup> El regreso a la discusión se da en 1959 con los trabajos de la Gran Comisión de Derecho Penal en su vigesimoséptima sesión, la cual se centró justamente en la pena especial para el autor por convicción. Para más información véase a Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 51.

efectos en la culpabilidad o la punibilidad del hecho, como la exigencia de condiciones de proporcionalidad en relación con el delito cometido o la exclusión directa de ciertos delitos de toda posibilidad de atenuación o exención punitiva<sup>149</sup>.

Por esta razón, cuando en Alemania se quiso reformar el Derecho Penal con el Proyecto de 1962, se introdujo en el parágrafo 48, con base a la discusión previa, la siguiente fórmula:

*“(1) En lugar de reclusión (Zuchthaus), prisión (Gefängnis) o detención (Strafhaft), se impondrá la pena de Arresto de igual duración, si el motivo decisivo del autor es que éste se sienta obligado a perpetrar el hecho por sus convicciones éticas, religiosas o políticas.*

*(2) El párrafo anterior no será aplicado cuando:*

- 1. el hecho constituyera un delito de asesinato (Mord) o genocidio (Völkermord)*
- 2. de las circunstancias pertenecientes al hecho o sus precedentes, o de la conducta del autor, el injusto y la culpa fueran tan graves que la pena conminada no fuera adecuada*

*(3) El autor, a través del hecho, persiguiera tendencias contra la estabilidad de la R.F.A. o los principios constitucionales en el sentido del párrafo 380 o de la apreciación global de la personalidad del autor y de las circunstancias especiales del hecho no resulte que la pena de arresto sea adecuada”<sup>150</sup>.*

De ahí que, en consecuencia, a partir del primer párrafo se reconozca un tipo criminológico de delincuente por convicción y la necesidad de su tratamiento especial pero a la luz de nuevos elementos. Estos elementos son: i) que se dio la separación institucional entre derecho y moral -en el ámbito jurídico-penal fue destacada por el renacimiento de la discusión en torno al bien jurídico y el principio de subsidiariedad-, lo que redujo el alcance atribuido a los valores ético sociales de la acción en el plano del injusto<sup>151</sup>, ii) la apertura del derecho Penal a los métodos y resultados de las ciencias sociales y la atención especial que merecen al trabajo

---

<sup>149</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“Libertad de conciencia...”*, p. 393.

<sup>150</sup> Transcrita en Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 55. La cita original decía “homicidio (Mord)” pero fue modificada para este texto.

<sup>151</sup> Peter Noll, *Der Überzeugenstäter im Strafrecht. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Gustav Radbruchs rechtsphilosophischem Relativismus*, En: ZStW, 78-1966, Berlín, Walter de Gruyter & co., 1966, p. 657. Citado por Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 56.

dogmático las consideraciones de política criminal, en concreto por lo que respecta a las concepciones del sentido y el fin de las penas<sup>152</sup>, iii) la evolución en la concepción de culpabilidad, así como en la ejecución de la pena<sup>153</sup>; y iv) la nueva perspectiva constitucional que la Ley Fundamental de Bonn ofreció, en comparación con la Constitución de Weimar, al reconocer expresamente valores y principios fundamentales<sup>154</sup>.

Ahora bien, en relación con la fundamentación de las sentencias dictadas en la Alemania de la postguerra y sobre todo con los criterios de la filosofía del Derecho, Hans Welzel se planteó si los injustos legales pueden poseer fuerza obligatoria<sup>155</sup> y, para resolver esa cuestión, entendiendo que pueden darse fallos de conciencia contra el orden jurídico cuando éste se considera injusto, lo que lleva a la persona a que, después de una lucha de conciencia, decida que el orden adoptado es el orden verdadero y auténticamente obligatorio y no aquel que presenta el derecho positivo<sup>156</sup> -por lo que habría un conflicto de conciencia individual con el mandato de Derecho, pues chocan dos exigencias de validez y de obligatoriedad opuestas<sup>157</sup>, propuso el cambio en el debate de la delincuencia por convicción que reviviría su relevancia: la diferenciación con la delincuencia por motivos de conciencia<sup>158</sup>.

---

<sup>152</sup> Augusto Epifanio da Silva Días, *"Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência"*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 22.

<sup>153</sup> Ernst Heinitz, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, En: ZStW, 78-1966, Berlín, Walter de Gruyter & co., 1966, p. 615. Citado por Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 57.

<sup>154</sup> Con la reinstauración del Estado de Derecho y la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, se pone el acento en la dignidad de la persona y el respeto por los derechos fundamentales como la base del ordenamiento jurídico, entre los cuales se haya el reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia. En este contexto se entenderá justificado el tratamiento especial del delincuente por convicción, puesto que ya no se parte de planteamientos éticos sino de la exclusiva protección de bienes jurídicos. Para más información véase a Ernst Heinitz, *óp. cit.*, p. 615.

<sup>155</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 88.

<sup>156</sup> Hans Welzel, *"Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico"*, Traducido por: E. Garzón Valdez, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, p. 95.

<sup>157</sup> Este conflicto no puede ser superado negando la validez u obligatoriedad de la ordenación legal, sea porque la conciencia es la fuente del deber ser o porque la ley confirma sólo su poder, pero no puede demostrar su validez. Para más información véase a Hans Welzel, *"Derecho natural..."*, p. 97.

<sup>158</sup> Como se vio, durante los años 20 tendía a equivocarse la categoría de Autor por Conciencia con la de Autor por Convicción, pero a partir de la década del 60 comenzó a distinguirse ambos conceptos

En otras palabras, Welzel se cuestionaba que, si exigimos que la persona haga una reflexión acerca de si la orden que proviene de cierta autoridad es o no un injusto legal -disposiciones que no constituyen derecho- y castigamos a quien no ha efectuado esta reflexión cuando podía hacerlo, debemos otorgarle un privilegio al autor que, por motivos de conciencia, cree que esa norma es un injusto legal y que, por tanto, carece de fuerza obligatoria, ya que debe respetarse la decisión de conciencia del autor<sup>159</sup>.

Así entonces, Welzel, partiendo de que: i) lo que debe respetarse es, más bien, la decisión de conciencia del autor<sup>160</sup>, pues las convicciones por si solas no juegan a favor del autor<sup>161</sup>; y ii) debe valorarse si, como consecuencia de ese juicio sobre la

---

y a delimitarse en particular el marco de autor por conciencia. Para más información véase a Romina Monteleone, óp. cit.

<sup>159</sup> Carlos Pérez del Valle, “Conciencia...”, p. 93. Vale la pena anotar, como dato curioso más que como aspecto central del texto, que en el Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre) se prevé la posibilidad de que los jueces no apliquen, de una u otra forma, el Derecho cuando lo consideren injusto. Esto está consagrado en el artículo 4, el cual dice que: “1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo. 4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

<sup>160</sup> Como decisión de conciencia hay que estimar “toda decisión ética auténtica”, esto es, orientada por las categorías de lo bueno y lo malo, que el individuo experimenta como vinculante y obligatoria. Hans Welzel, “Derecho Penal Alemán: Parte general”, Traducido por: J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 246.

<sup>161</sup> La motivación de la conciencia debe suponer una vinculación moral específica y auténtica. la conciencia, como medio de la persona y como acto de decisión, está referida, justamente, a la persona, mientras que la convicción es, siempre, acerca de algo, por lo que se refiere siempre a un objeto. El

norma, el sujeto es inculpable -en cuyo caso procedería la absolución- o sí, pese a ello, es culpable -con lo que de cualquier forma deberían desaparecer la aplicación de penas con efectos infamantes<sup>162</sup> o de disminución del honor-<sup>163</sup>, establece que el delincuente por motivos de conciencia sí puede tener un tratamiento jurídico penal diferenciado.

Entendido lo anterior, la fórmula de Welzel es la delimitación de los efectos de una premisa iusfilosófica sobre la vinculación de las normas legales positivas y la del juicio de conciencia contrario a las mismas en el ámbito de la conciencia de la antijuridicidad. En este sentido, Welzel razonaba en un doble nivel de discusión ya que planteaba la posibilidad de que el autor de conciencia fuese inculpable -en cuanto entra en juego el enfoque de la conciencia errónea- o no. Con esto en mente, debían ser suficientes las reglas generales del error<sup>164</sup> para determinar si se le debía atribuir responsabilidad penal al delincuente por conciencia y, en caso de atribuirla, la pena a imponer no había de mermar el honor.

No obstante, la solución diseñada por Welzel en las conclusiones de su trabajo sobre la conciencia errada, fundada en el contenido indiscutible de la dignidad de la persona, no da criterios claros cuando la convicción íntima requiere, como adecuadas a la dignidad, actitudes no coincidentes con las previstas con los poderes

---

fanático que sigue por obediencia ciega una orden que le es dada sin haber mantenido una lucha de conciencia no es merecedor de respeto. Sólo las convicciones políticas o religiosas que reúnan los requisitos de una decisión de conciencia podrán ser privilegiadas. Para más información véase a Hans Welzel, *Gesetz und Gewissen*, En: *"100 Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristen Tages"*, Bd. 1, 1960, p. 383. Citado por Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 64.

<sup>162</sup> La sanción para la violación de la ley provocada por una auténtica decisión de conciencia tiene que ser expresión de la honestidad de la convicción del actor de una manera tal que pueda ser distinguida claramente como no infamante, de los otros hechos penales. Para más información véase a Hans Welzel, *"Derecho natural..."*, p. 102.

<sup>163</sup> Welzel calificaba como autor por motivos de conciencia a quien se decide por el hecho en la lucha seria por la comprensión de lo éticamente correcto. Así aparece resumida la intervención de Welzel en la Gran Comisión para la Reforma Penal en Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 93.

<sup>164</sup> Este error no excluye sin más la culpabilidad, sino tan sólo cuando, a pesar de ser previsto por el autor y a pesar del "esfuerzo" de conciencia de éste, fuese invencible. Ante todo, es inexcusable el error por falta de conciencia; es decir, la acción ciega ante la exigencia de reprobabilidad reconocible. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 91.

sociales, especialmente cuando llevan a un conflicto entre intereses diversos de diferentes sujetos<sup>165</sup>.

Por esta razón, la distinción de Welzel entre autor por convicción y autor por motivos de conciencia, que no es compartida por quienes se oponen a cualquier tipo de privilegio para estos casos, no implica en sí misma una solución de la cuestión planteada<sup>166</sup> sino únicamente un presupuesto de la misma pues, aunque, por ejemplo, la actuación de un grupo terrorista conlleva casi necesariamente que sus componentes no hagan una reflexión ética sobre hechos concretos, si la decisión del delincuente de motivación política reúne las características antes citadas, podría ser entendida como una decisión de conciencia<sup>167</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, en las décadas posteriores ha perdurado la confusión<sup>168</sup> y el debate se ha extendido día a día, así es que, ya sabiendo de dónde nace y cómo renace, es hora de exponer y analizar los argumentos esgrimidos frente a la diferenciación de la delincuencia por convicción y a delincuencia por motivos de conciencia.

### **3.2 Delincuencia por convicción vs delincuencia por motivos de conciencia.**

Ya hemos visto que quien delinque estando motivado por alguna convicción, sea ésta de naturaleza religiosa o no, ética o político-existencial, que se experimenta subjetivamente como un deber de actuar<sup>169</sup> -con obligatoriedad interna y carácter vinculante-<sup>170</sup> puede ser un delincuente por convicción o un delincuente por motivos de conciencia. Ahora, el problema, clave a resolver, después de analizar los postulados de los dos autores que más le aportaron al debate, siendo éstos Gustav Radbruch y Hans Welzel, y sabiendo que la confusión permanece, debe ser

---

<sup>165</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 97.

<sup>166</sup> La definición que ofrece Welzel del delincuente de conciencia no se diferencia realmente de la definición de Radbruch del delincuente por convicción. Véase a Welzel, *Niederschriften*, III, 1958, 61, citado por Leticia Jericó Ojer, *óp. cit.*, p. 280.

<sup>167</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 100.

<sup>168</sup> Hans-Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 173.

<sup>169</sup> Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 197.

<sup>170</sup> Augusto Epifanio da Silva Días, *óp. cit.*, p. 22.

determinar cuál es la diferencia entre autor a conciencia (*Gewissenstäter*) y autor por convicción (*Überzeugungstäter*).

Por lo tanto, para resolver tal cuestión, analizaremos ambas figuras, tanto de manera independiente como conjuntamente, para, así, delimitar formalmente la delincuencia por convicción que es el centro de la investigación.

Ahora bien, antes de empezar la diferenciación, es prudente aclarar que, realmente, en ambos casos los autores consideran su decisión como objetivamente correcta y muchas veces desean que su conducta sea también la conducta de los demás, por lo que suele haber una tendencia a generalizarlas<sup>171</sup>. Por esta razón no se debe seguir un concepto diferenciador que se base en el criterio exclusivo del “deber”<sup>172</sup> como son los conceptos heterónomos de conciencia<sup>173</sup>, sino que tiene que verse desde criterios ético-filosóficos que sean compatibles con los parámetros constitucionales, como lo son el fomento de la libertad de conciencia y la protección de la persona humana<sup>174</sup>.

No obstante lo anterior, Hirsch ha definido al autor a conciencia<sup>175</sup> destacando que éste toma una decisión de conciencia que es éticamente seria, está orientada por las

---

<sup>171</sup> Gunter Greffenius, “*Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*”, Hamburgo, Kriminalistik Verl, 1969, p. 64. Disponible en: [http://idb.ub.uni-tuebingen.de/diglit/NKS\\_1969\\_041/0015](http://idb.ub.uni-tuebingen.de/diglit/NKS_1969_041/0015) [Consultado por última vez el 27 de abril de 2017]

<sup>172</sup> Son las decisiones que se dan en una lucha seria por la comprensión de lo éticamente correcto. Welzel, Niederschriften, III, 1958, 61, citado por Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 280.

<sup>173</sup> Se suelen entender las convicciones orientadas conforme a los criterios de “correcto” y “errado”. En cambio, para las decisiones de conciencia se requiere que sean serias y morales, es decir, orientadas según las categorías de “bien” y “mal” que el individuo experimenta en su interior como vinculantes para sí mismo e incondicionalmente obligatorias ante una situación determinada, de modo que él no puede contrariarlas sin tener un serio problema de conciencia. Claus Roxin, Una vez más: sobre el tratamiento jurídico-penal del hecho de conciencia, Traducido por: D. F. Tarapué Sandino, En: “*Revista Derecho Penal y Criminología*”, v. 35, n. 98, enero-junio 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 17.

<sup>174</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 76.

<sup>175</sup> Jakobs los llama autores por convicción “dura” o autores en conflicto (*Konflikttäter*) y los define como aquellos en los que existe una lucha irresoluble entre el Derecho y sus convicciones que, de no atender a esta última, puede ocasionarle severos perjuicios a su salud e incluso provocar algún tipo de destrucción en el sujeto. Tras un hecho contrario a la conciencia, en la vergüenza que siente el



categorías de lo bueno y lo malo y que es experimentada internamente como vinculante y necesariamente obligatoria por parte del individuo, de modo tal que no podría actuar contra ella sin sufrir un serio cargo de conciencia<sup>176</sup>. A lo cual Roxin le agrega que el sentimiento interior de estar incondicionalmente obligado es lo que le brinda un carácter existencial y lleva a que el individuo anteponga la decisión del legislador a sus propias convicciones discrepantes<sup>177</sup>.

Conforme lo anterior podemos notar que la obligatoriedad interna o inexcusabilidad del deber imperativo de conciencia, que sólo puede invocar el actuar en virtud de lo que considera correcto o incorrecto, es un elemento fundamental para diferenciar la decisión de conciencia de la decisión por convicción<sup>178</sup>, pues el sujeto llega a la conclusión de que un determinado hecho le provocaría una pérdida de sustancia personal<sup>179</sup>, lo que lleva, a la vez, a la desaparición en él del deseo de que esta actuación sea generalizable.

Esta diferencia llega a ser clave en cuanto a que, dado que el delincuente por convicción<sup>180</sup> también dirige su actuación conforme a las categorías de lo bueno y lo

---

convenido, puede llegar a darse como consecuencia una neurosis compulsiva. Para más información véase a Günther Jakobs, *"Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación"*, Traducido por: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 701.

<sup>176</sup> Se trata de una alta norma ética provocadora de esa fuerza a realizar la conducta que es tomada por el sujeto como la forma de evitar una difamación de su personalidad. Para más información véase a Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 182.

<sup>177</sup> Claus Roxin, *"Derecho Penal: Parte General"*, Traducido por: D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. V. Remesal, Civitas, 1997, p. 943.

<sup>178</sup> Miguel Díaz y García Conlledo, Prólogo a Leticia Jericó Ojer, *"El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal"*, Madrid, La ley, 2007, p. 29.

<sup>179</sup> Karl Peters, *"Überzeugungstäter und Gewissenstäter"*, Festschrift für H. Mayer, 1966. Citado por Leticia Jericó Ojer, *óp. cit.*, p. 281.

<sup>180</sup> Jakobs los llama autores por convicción "blanda" y los define como quien cree obrar a favor de un orden deseable, pues busca hacer valer el mejor orden según su parecer, pero comete el delito sin considerarse imperativamente obligado a ello. Por esta razón, considera que se puede llegar a disminuir su culpabilidad cuando el orden perseguido cabe valorarlo positivamente desde un punto de vista jurídico, lo cual se deduce de aplicar las reglas generales de determinación de la pena, aunque esto será materia de análisis posteriormente. Para más información véase a Günther Jakobs, *"Parte General..."*, p. 700.

malo<sup>181</sup> y puede sentir un especial deber de actuación u omisión -porque considera que es justo o correcto actuar para la consecución de algún fin-, éste no participa de estas características de obligatoriedad interna, ya que las convicciones están demasiado determinadas por criterios racionalistas como para poder tocar el bien y el mal en el ámbito de la conciencia<sup>182</sup>. Esto significa, entonces, que, con carácter general, aun cuando puedan haber situaciones excepcionales en las que así sea, la actuación motivada por consideraciones de justicia o corrección no pueden provocar en el individuo exigencias tales que le obliguen a actuar única y exclusivamente de este modo y que, en el caso de no cumplirlas, ocasionen un grave conflicto entre lo requerido por la convicción y lo realmente realizado<sup>183</sup>.

De manera que, cuando se habla de obligatoriedad creemos prudente entenderla en los términos en los que lo plantea Jericó Ojer, ya que ella lo reduce puntualmente a los efectos que ésta pueda tener sobre la persona<sup>184</sup>. Así entonces, aunque haya un componente de obligatoriedad en el sujeto que actúa por convicción en cuanto a que la convicción también obliga, se dice que éstos carecen de obligatoriedad<sup>185</sup> en cuanto a que la vinculación entre la convicción y su carácter inapelable no se traduce en un grave conflicto para su dignidad y su personalidad en el caso de que el sujeto afectado no realice este tipo de conducta, por más que considere que su hecho es correcto, justo o verdadero.

---

<sup>181</sup> Karl Peters, *"Überzeugungstäter und Gewissenstäter"*, Festschrift für H. Mayer, 1966. Citado por Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 281.

<sup>182</sup> Gunter Greffenius, óp. cit., p. 65.

<sup>183</sup> La no realización de un hecho acerca del cual un sujeto está convencido puede resultar frustrante, decepcionante y afectar a la propia personalidad del mismo. Sin embargo, esto no puede confundirse con el verdadero conflicto ante el que el sujeto se encuentra cuando no sigue lo dispuesto por el imperativo de la decisión de conciencia, conflicto que de carácter irresoluble que afecta una esfera tan íntima como es la conciencia. Para más información véase a Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 77.

<sup>184</sup> Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 290.

<sup>185</sup> Esta obligatoriedad es sencillamente la estructura del deber moral personal que adquiere el juicio de conciencia respecto a una norma determinada. La adhesión a una determinada convicción implica facultades de actuar y deberes, pero para que esos deberes sean incondicionados es necesaria la expresión del juicio de conciencia en ese sentido. Para más información véase a Claus Roxin, *"Parte General..."*, p. 642.

Ahora bien, nada de esto es suficiente para Silva Días pues, para él, más allá del entendimiento que se le dé a la obligatoriedad interna de la decisión, que se traduce en que la acción por convicción y la acción determinada por la conciencia no se distinguen pues, en uno y otro caso, el autor está íntimamente persuadido de la necesidad de su acción, la diferencia está en que la decisión a conciencia es el resultado del respeto a los principios prácticos que informan la elección universal, en el sentido de poder aceptar como propia la decisión que se ha tomado<sup>186</sup>, mientras que la decisión por convicción la experimenta el sujeto como necesaria para alcanzar un determinado fin<sup>187</sup>.

Así pues, la diferenciación entre ambas figuras, en últimas, se fundamenta en la diversidad de significaciones que cada figura pueda tener dentro de una teoría de los actos morales, más que a través de una diferenciación de ámbitos temáticos<sup>188</sup>, ya que, para él, la diferencia reside en que “sentirse obligado a actuar” es desde el punto de vista moral algo distinto de “tener la obligación de actuar”, dado que la primera expresión traduce la obediencia a imperativos que el sujeto voluntariamente acepta e interioriza mientras que la segunda refleja la autonomía de su decisión aunque con un carácter incondicionado que contiene en sí una coacción práctica y que, para convertirse en obligación moral, la máxima subjetiva tiene que ser universalizable sin contradicción<sup>189</sup>.

De acuerdo a lo anterior, el delincuente por convicción es un sujeto que no se encuentra en un conflicto de conciencia<sup>190</sup> sino que simplemente lo motiva la justicia material de su decisión, es decir, puede que se sienta obligado a delinquir para conseguir una finalidad específica, pero no tiene una obligación perentoria derivada de la vivencia interna resultante de la contradicción entre lo bueno y lo malo que le

---

<sup>186</sup> En la decisión por conciencia esa convicción resulta del respeto por los principios prácticos que orientan la elección universal -“¡puedo moralmente aceptar para mi mismo la decisión que tomé!”-, mientras que en la simple convicción, la acción es sentida como necesaria para alcanzar determinado fin -“si quiero X entonces tengo que hacer Y”-. Para más información véase a Augusto Epifanio da Silva Días, *óp. cit.*, p. 60.

<sup>187</sup> Augusto Epifanio da Silva Días, *óp. cit.*, p. 22.

<sup>188</sup> Augusto Epifanio da Silva Días, *óp. cit.*, p. 29.

<sup>189</sup> Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 76.

<sup>190</sup> Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 178.

pueda causar efectos en sí mismo<sup>191</sup>, sino que, conociendo la prohibición por la norma, así como su antijuridicidad penal, y de manera consciente y voluntaria, decide no cumplir la prohibición porque ya internamente no la respeta ni comparte su fundamento o la valoración negativa en la que se basa, sino que está convencido de lo contrario, de que es correcto actuar así y cometer un delito o más delitos, graves incluso, para conseguir esos fines pretendidos en razón a su ideología<sup>192</sup>.

Contiene, por tanto, dos orientaciones político-criminales diametralmente opuestas: por un lado, se trataría de reconocer un cierto derecho a la conciencia discrepante, en cuanto a que el delincuente por convicción obedece a su propia conciencia, la cual discrepa con la valoración contenida en la norma; y, por el otro, se premia la adhesión del sujeto a la moral mayoritaria, ya que la actuación por motivos morales abarca al sujeto que, para conseguir fines socialmente apreciados, viola una norma jurídica al tenor de la máxima “el fin justifica los medios”, por lo que la sociedad, aunque no puede exonerar de responsabilidad, quiere valorar positivamente la ausencia en el sujeto de una actitud interna antisocial o disidente<sup>193</sup>.

De cualquier modo, el problema del autor por convicción no se presenta en todo comportamiento antijurídico que resulta de una convicción, ya que, si el autor puede compaginar un comportamiento alternativo conforme a Derecho con su identidad, el conflicto entre la convicción y el Derecho es resoluble y se tratará únicamente de valorar su convicción como motivo de la acción<sup>194</sup>.

Con esto, entonces, tenemos las diferencias teóricas de las dos figuras por lo que, en el papel, las nociones de delincuente por convicción y de delincuente a conciencia – o por motivos de conciencia- que se manejarán a lo largo de la investigación son bastante claras, el problema es que, como se puede anticipar, este debate es difícilmente objetivizable por lo que puede representar inconvenientes similares a los que ha sufrido el dolo y sus teorías volitivas en la práctica jurídica a la hora de ser objeto de prueba. Esto, sin embargo, lo retomaremos en el capítulo cuarto cuando llevemos el debate teórico a la práctica jurídica, ampliamente influenciada por los

---

<sup>191</sup> Romina Monteleone, óp. cit.

<sup>192</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, “Actuación de conciencia...”, p. 611.

<sup>193</sup> Josep María Tamarit Sumalla, “La libertad ideológica...”, p. 353.

<sup>194</sup> Günther Jakobs, óp. cit., p. 699.

contextos sociales históricos, donde la ética social y la ética individual toman un valor y unas características distintas de lo que solemos analizar en la dogmática penal.

No obstante lo anterior, las definiciones teóricas nos son suficientes para sentar las bases jurídicas en esta etapa de la investigación y, por consiguiente, podemos hacer a un lado el carácter positivo en su vertiente probatoria para ser tratado más adelante, por lo que, de esta manera, es prudente, en este paso a paso, diferenciar la delincuencia por convicción de otra figura que ya ha sobresalido en el texto y que presenta, a su vez, similitudes dignas de análisis. Esta figura es la desobediencia civil.

### **3.3 Delincuencia por convicción vs desobediencia civil.**

Habiendo visto la relevancia del problema de la obediencia al Derecho en orden a la actuación en conciencia y la actuación por convicción<sup>195</sup> en sociedades pluralistas donde conviven por igual diferentes concepciones morales, filosóficas y religiosas y donde, por lo tanto, no hay un código moral único ni posibilidad alguna de alcanzar una intersubjetividad moral<sup>196</sup>, en este momento analizaremos las manifestaciones delictivas que nacen de la desobediencia civil o, en otras palabras, nacen de la opción personal consistente en la negativa a colaborar en algo que se juzga injusto -dado que la vinculatoriedad de las leyes humanas en el foro de la conciencia depende de que éstas sean justas-<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Aun siguiendo los juicios de conciencia, éstas suponen, en un principio, infracciones a normas de derecho positivo y, en concreto, de las normas penales. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 27.

<sup>196</sup> Domingo García Marzá, *Naturaleza y justificación de la desobediencia civil*, En: Xabier Etxeberria, *"Enfoques de la desobediencia civil"*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 18.

<sup>197</sup> El punto de partida clásico de la vinculación entre obediencia al Derecho y conciencia está marcado por la tesis tomista de la obediencia al Derecho como obligación moral. Santo Tomás de Aquino sostiene, frente a lo que se suele afirmar, una delimitación de la conciencia y de la moral frente al Derecho. Así se desprende de la afirmación de que la ley humana no puede imponer preceptos exigibles en un juicio divino como es el juicio de conciencia. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 21.

Entendido lo anterior, podemos iniciar estableciendo que, para que una iniciativa sea calificada como desobediencia civil, debe ser un acto público que: i) tenga como propósito ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno<sup>198</sup> mediante la reivindicación de una norma de orden supralegal, siempre dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico<sup>199</sup>; ii) no sea violento<sup>200</sup>; iii) sea consciente, en cuanto a que el sujeto, de haberlo querido, lo hubiera podido evitar<sup>201</sup>; iv) sea moral, en el sentido que se realiza exclusivamente sobre la base de lo que el sujeto considera que es su deber y no buscando satisfacer sus intereses o inclinaciones<sup>202</sup>; y v) sea contrario a la ley que constituye el objeto de la propuesta o contrario a una ley diferente para atraer la atención pública<sup>203</sup>, si bien sin poner en cuestión los fundamentos del sistema, incluyendo la aceptación del castigo que éste establezca<sup>204</sup>.

No obstante, no hay por qué atribuir valor moral a la acción por el sólo hecho de que haya sido realizada en conciencia. Hace falta, además, que se ajuste a un determinado código moral. Así entonces, aunque exista una actuación en conciencia, una ética principialista a partir de la cual el desobediente define y pone en práctica su iniciativa política, conviene insistir en que lo que caracteriza a dicha ética no es el

---

<sup>198</sup> Domingo García Marzá, *óp. cit.*, p. 29.

<sup>199</sup> Nicolás Edgardo Martínez Uribe, *"De la desobediencia civil"*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1990, p. 79.

<sup>200</sup> Se le da el calificativo civil justamente por tener un carácter simbólico, no violento, de la acción. Con ello se quiere expresar, directamente, la renuncia a la utilización de la violencia, la garantía de la integridad física y moral de las personas e, indirectamente, la fidelidad a la ley, la inclusión del acto de protesta dentro de los límites constitucionales. Para más información véase a Domingo García Marzá, *óp. cit.*, p. 29.

<sup>201</sup> La persona sabe que está infringiendo un mandato que le afecta, y opta por hacerlo en ejercicio de su libertad, a consecuencia de la incompatibilidad entre sus convicciones y la norma desobedecida. Para más información véase a Rafael Sainz de Rozas, *Tratamiento jurídico de la desobediencia civil*, En: Xabier Etxeberria, *"Enfoques de la desobediencia civil"*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 57.

<sup>202</sup> Rafael Sainz de Rozas, *óp. cit.*, p. 57.

<sup>203</sup> La distinción sobre desobediencia civil indirecta y directa es habitualmente manejada por la doctrina mayoritaria. La desobediencia civil directa es aquella que consiste en la violación de las normas que constituyen el objeto de la protesta. La desobediencia civil indirecta se daría cuando las normas violadas fuesen diferentes de las que constituyen el objeto de la protesta. Suele añadirse, además, que las normas efectivamente desobedecidas no tienen nada recriminable desde el punto de vista de los desobedientes. Para más información véase a José Antonio Estévez Araujo, *óp. cit.*, p. 32.

<sup>204</sup> Rafael Sainz de Rozas, *óp. cit.*, p. 53.

hecho de que sus adherentes estén ciegamente convencidos de la verdad de sus posiciones, sino la libertad en el proceso de formación de esa conciencia, así como el entronque de la misma en valores de justicia<sup>205</sup>.

Con esto, estamos ante una manifestación de la libertad de conciencia como estrategia de lucha reivindicativa o de publicidad en relación con los intereses de un grupo social determinado<sup>206</sup>, puesto que tiene como fundamento un motivo de justicia manifestado públicamente y un objetivo determinado bajo ciertas condiciones y circunstancias específicas, como es provocar un cambio legislativo o de la orientación política<sup>207</sup>. Por lo tanto, no toda desobediencia al Derecho en un Estado democrático puede contemplarse bajo este epígrafe, ya que se deben limitar a casos claramente injustos -casos que afecten al principios como el de la libertad y a violaciones manifiestas del principio de igualdad-, deben haberse utilizado previamente y agotado todos los recursos legales disponibles, puesto que la desobediencia civil se entiende siempre como un “último recurso” para alcanzar los objetivos propuestos y debe respetarse el límite que impone la aceptación del marco constitucional, de tal manera que no alcancen dimensiones que lo pongan en peligro<sup>208</sup>. De allí que se haga énfasis en la renuncia a la violencia, puesto a que, al hacerlo, el desobediente tiende a disminuir la importancia del bien jurídico que se trataría de proteger mediante el castigo de la desobediencia, hasta el punto de resultar menos importante su derecho a la libertad de conciencia<sup>209</sup>, por lo que también podrían justificarse a través de los derechos fundamentales correspondientes a las libertades de expresión y de reunión<sup>210</sup>.

Ahora bien, la desobediencia civil se mueve en los estrechos límites de la objeción de conciencia, pues se entiende que se es desobediente ante el deber legal cuando se atiene exclusivamente a lo que considera que es su deber moral<sup>211</sup> y, en principio, la

---

<sup>205</sup> Rafael Sainz de Rozas, *óp. cit.*, p. 57.

<sup>206</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 29.

<sup>207</sup> Ramón Soriano, *“La desobediencia civil”*, Barcelona, PPU, 1991, p. 28.

<sup>208</sup> Domingo García Marzá, *óp. cit.*, p. 30.

<sup>209</sup> Rafael Sainz de Rozas, *óp. cit.*, p. 59.

<sup>210</sup> Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 201.

<sup>211</sup> José Antonio Estévez Araujo, *“La constitución como proceso y la desobediencia civil”*, Madrid, Trotta, 1994, p. 29.

objección de conciencia es, o bien un acto irreflexivo y no el acto de un agente moral responsable, o un acto que, en la medida en que es concienzudo, no difiere de los demás casos de desobediencia civil, pues todos han sido motivados por consideraciones morales<sup>212</sup>. No obstante, aun sin tener un conocimiento cabal de ambos institutos, el lector profano se percata que la desobediencia civil es una actitud social y de grupo, por muy minoritario que éste sea, y va dirigida contra determinadas normas o medidas políticas que afectan a los intereses legítimos del grupo, aunque admite un ejercicio en función de intereses ajenos por razón de la justicia de la causa defendida, mas no de individuos en concreto. Mientras que la objeción de conciencia se ejercita en nombre propio y sólo en nombre propio –no se puede objetar por otro: lo que podríamos llamar una objeción por poderes o por representación-<sup>213</sup> y no se trata de un intento de obligar a la mayoría a modificar su decisión ni de un intento de obtener publicidad o de pedir a la mayoría que reconsidere su decisión<sup>214</sup>. Por lo tanto, la discusión va más allá de la pura conciencia del sujeto<sup>215</sup>.

Con esto en mente, sabiendo ya que la objeción de conciencia es el resultado de un conflicto entre el derecho y la moral, entre el deber jurídico y el deber moral, en el

---

<sup>212</sup> El rasgo distintivo de la desobediencia de la persona a quien habitualmente se llama “objector de conciencia” sólo es su carácter de ser una desobediencia concienzuda cuando se le compara con la de quienes, por egoísmo o por otros motivos menos dignos, se niegan a hacer lo que legalmente están obligados a hacer. Para más información véase a Peter Singer, *óp. cit.*, p. 107.

<sup>213</sup> Ramón Soriano, *óp. cit.*, p. 31.

<sup>214</sup> Esto significa que, aunque la acción del objector de conciencia no represente el tipo de recurso a la fuerza que es la antítesis de un procedimiento de decisión democrático, tampoco es el tipo de acto que se puede justificar sobre la base de que está pensado para hacer efectivos ideales democráticos, tales como el compromiso justo y la igual consideración para todos, que han sido negados o falseados. Para más información véase a Peter Singer, *óp. cit.*, p. 107.

<sup>215</sup> En la objeción de conciencia hay un rechazo al cumplimiento de un deber jurídico por un motivo de conciencia, mientras que en la desobediencia civil el motivo de justicia es un motivo político y no una apelación a motivos “privados”, como doctrinas morales o religiosas, dado que el desobediente civil puede actuar contra una ley aunque no le afecte, por lo que es tanto como decir un motivo social o que afecta a las relaciones intersubjetivas. No obstante, no se descarta que los actos de objeción de conciencia, inicialmente privados o aislados, puedan terminar en actos de desobediencia civil cuando los objetores de conciencia se unen y añaden a un primigenio motivo de excepción a la obediencia a las normas otras actitudes rayantes en la exigencia del cambio legislativo. Para más información véase a Ramón Soriano, *óp. cit.*, p. 28; Domingo García Marzá, *óp. cit.*, p. 31.



cual la moral vence al derecho, en tanto el objetor de conciencia para cumplir con el deber moral se niega al cumplimiento del deber jurídico<sup>216</sup>, lo que se traduce en una excepción de la observancia de la norma, cabe anotarse que ésta realmente no afecta la integridad del ordenamiento jurídico en general, ni tampoco a la de algunas de sus normas o instituciones, pues no le ataca en su contenido, sino solamente en los términos de la aplicación del mismo<sup>217</sup>.

En cambio, en la resistencia <sup>218</sup> entendida como desobediencia civil no hay confrontación interna<sup>219</sup>, pues el autor ésta motivado por convicciones ético-políticas en cuanto a que se opone frente a importantes decisiones puntuales del Estado para eludir una decisión considerada funesta y éticamente ilegítima<sup>220</sup>, de tal manera que se muestra como el resultado de un conflicto entre el derecho y la política, entre el deber jurídico y el deber político, el cual se resuelve en un horizonte de neutralidad moral con el triunfo de la política sobre el derecho<sup>221</sup>.

De la misma forma, la peculiaridad de la desobediencia civil frente a los casos de delincuencia por convicción reside en el contenido reivindicativo de protesta pública que adquiere la infracción consciente del Derecho fundada en motivos subjetivos de carácter ético-político<sup>222</sup>.

Con todo, aunque ya se ha dicho de manera breve que la desobediencia civil puede estar consagrada dentro del ejercicio de derechos fundamentales -principalmente

---

<sup>216</sup> Fernando Navarro, *"Desobediencia civil y sociedad democrática"*, Murcia, Myrtia, 1990, p. 8.

<sup>217</sup> Ramón Soriano, *óp. cit.*, p. 45.

<sup>218</sup> El concepto de desobediencia tiene en efecto menos fuerte que el de resistencia ya que no comporta una actitud de rechazo del Derecho, sino sólo la negación de su obediencia. Así que el desobediente acepta y respeta el Derecho, poniendo solamente en cuestión algunas de sus normas que suelen afectarle directamente aunque cabe la desobediencia por simpatía. Para más información véase a Ramón Soriano, *óp. cit.*, p. 24.

<sup>219</sup> La objeción de conciencia radicaliza la motivación ética; es un motivo ético de conciencia el que lleva al objetor a desobedecer los imperativos legales; este motivo podrá tener distinta naturaleza – de origen religioso, humanitario, moral, filosófico, etc.-, pero siempre será un motivo de conciencia. Para más información véase a Ramón Soriano, *óp. cit.*, p. 46.

<sup>220</sup> Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 200.

<sup>221</sup> Fernando Navarro, *óp. cit.*, p. 8.

<sup>222</sup> Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 201.

por la misma insignificancia del ataque frente al bien jurídico-, lo cierto es que ésta no fue tratada ni descartada de la investigación cuando esos temas fueron tenidos en cuenta debido a que, de entenderse que la desobediencia civil se mantiene dentro de los límites de la fidelidad del derecho, se desnaturalizaría la figura. Esto debido a que la misma desobediencia civil presupone la realización de una ilegalidad con el correspondiente riesgo de recibir una sanción -lo que se traduce en la realización de un hecho antijurídico-<sup>223</sup> y acepta el castigo entendiendo que su conducta no se está justificada, dado que esto contribuye a poner de manifiesto que actúa únicamente en atención a lo que considera su deber<sup>224</sup>.

No obstante lo anterior, aunque en la desobediencia civil concurre la culpabilidad del autor, no le es atribuible responsabilidad penal al desobediente en cuanto a que, en casos de resistencia simbólica seriamente motivados, falta la necesidad de la pena<sup>225</sup>. Lo cual será retomado próximamente.

Una vez finalizada la descripción de la desobediencia civil para no confundir ésta con la delincuencia por convicción y, así, centrar el debate lo mejor posible en la ésta última, podemos tomar una postura acerca de qué es la delincuencia por convicción y cómo la entenderemos a lo largo de la investigación.

#### **4. Toma de postura**

Con el propósito de ubicar al lector, en este primer capítulo realizamos un repaso acerca de la delincuencia por convicción en la dogmática penal. En tal ejercicio establecimos que las convicciones son aquellas ideas o creencias que, si bien pueden ser teológicas o no, tienen fuerza superior trascendente en el entendimiento de la

---

<sup>223</sup> Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 202.

<sup>224</sup> Quien realiza un acto desobediente conoce que con el incumplimiento de la norma se hace merecedor a una pena que la misma norma incumplida prescribe; no la evade, por el contrario se somete a esta pena como una forma de llamar la atención sobre lo absurdo de la norma. Por lo tanto la aceptación de las consecuencias y el castigo que supone forma parte del acto mismo de protesta. Esto es así porque ayuda a mostrar que el acto es políticamente consciente y sincero. Para más información véase a Domingo García Marzá, *óp. cit.*, p. 30; José Antonio Estévez Araujo, *óp. cit.*, p. 31; Nicolás Edgardo Martínez Uribe, *óp. cit.*, p. 83.

<sup>225</sup> Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 203.

realidad por parte de la persona, por lo que, entonces, cuando se actúa sobre la base de estas convicciones se actúa, también, de acuerdo a su conciencia o concienzudamente.

Lo anterior nos obligó a definir la conciencia como la instancia moral perteneciente a la esfera más íntima del individuo desde la cual se originan, para el sujeto, una serie de conocimientos, decisiones, juicios e imperativos que informan la concepción individual del mundo y de las cosas y, por lo tanto, sus actitudes, sus valoraciones y sus opciones, dado que todas éstas aparecen traducidas en el comportamiento que el individuo desarrolla en sociedad.

En seguida hicimos referencia al tratamiento jurídico de la conciencia y las convicciones en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que se analizó el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia de 1991, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana desde la entrada en vigencia de tal precepto constitucional, los cuales indican que el derecho de libertad de conciencia es el derecho fundamental que garantiza el ámbito de la racionalidad de la persona que hace referencia al juicio moral sobre las propias acciones y a la actuación en conformidad con aquél y, por esta razón, alude al elemento ético o de compromiso de la actuación personal con las propias convicciones, lo que se traduce necesariamente en el sistema ideológico o de pensamiento y en pautas coherentes de comportamiento.

No obstante, notamos que no se trata de un derecho absoluto, dado que está condicionado por el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática, y que, en este mismo sentido, en ciertas situaciones, el ejercicio de tal derecho puede estar en contraposición con disposiciones de carácter jurídico penal.

Ahora bien, para determinar qué situaciones nos son relevantes para el estudio total del tratamiento jurídico penal de la delincuencia por convicción en Colombia, partimos de la base de descartar: i) aquellas acciones que no representan un riesgo jurídicamente desaprobado relevante para el bien jurídico protegido por su insignificancia, de tal forma que no se traducen en violaciones a la norma jurídica, a

las cuales denominamos delitos de bagatela; y ii) aquellas acciones que, aunque típicas, estando dentro del injusto personal, están justificadas por tratarse de una objeción de conciencia frente a las disposiciones penales, dado que la objeción de conciencia es un derecho, siempre y cuando, en una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, la libertad de conciencia prevalezca. Por lo que nos quedamos puntualmente con aquellas conductas que vulneran un bien jurídico que, en proporción, está por encima de la libertad de conciencia, por lo que ésta no la consagraría y significaría un exceso en el ejercicio de la garantía constitucional.

Así entonces, en un ejercicio de determinación y de limitación, nos quedamos, temporalmente, en la definición teórica de los delitos que se presentan como un exceso en el ejercicio de la libertad de conciencia en un marco concreto, por lo que observamos la delincuencia por convicción, la delincuencia por motivos de conciencia y la desobediencia civil desde sus orígenes hasta la discusión actual<sup>226</sup>, a lo que logramos definir que los delitos por convicción son aquellos en los que el autor está convencido de que es correcto delinquir, incluso de manera grave para conseguir unos fines específicos pretendidos en razón a su ideología, lo que implica un nivel de obligatoriedad en su conducta por la necesidad de los medios frente al resultado, aun cuando esta obligatoriedad no esté centrada en un conflicto de conciencia que, de desconocerlo, le pueda causar efectos perjudiciales en sí mismo.

Con todo, en un capítulo más descriptivo que otra cosa, nos limitamos a aislar y enunciar las conductas que nos son relevantes como objeto de estudio y no hemos tomado posturas determinantes más allá de las que serán las definiciones teóricas de las figuras mencionadas (delincuencia por convicción principalmente y delincuencia por motivos de conciencia en contraposición) que manejaremos en el transcurso de la investigación, especialmente cuando tengamos que analizar qué efectos tiene y hasta dónde llega esa obligatoriedad de la que se habla en la imputación personal del sujeto, pero no hemos entrado en detalle en problemas que sobresalen como lo son: i) el que ha sido, hasta el momento, el tratamiento jurídico penal dado a la delincuencia por convicción; ii) la culpabilidad o la necesidad de la

---

<sup>226</sup> Esta discusión, en la que ahondaremos más adelante, está caracterizada por la inclusión del radicalismo ideológico. Este concepto, sin embargo, nos será más útil cuando apliquemos la teoría – y sus soluciones- a la realidad social y jurídica.

pena de los autores por convicciones o por motivos de conciencia; ni iii) la posible objetivización de los conceptos para un eventual acercamiento con la práctica jurídica y, más puntualmente, la práctica de pruebas. Estos tres evidentes problemas están suspendidos en tanto serán los aspectos centrales de los posteriores capítulos, de tal forma que, como se dijo desde el planteamiento de los objetivos, vamos paso a paso construyendo la solución al problema jurídico.

Es decir que, habiendo sentando las bases de la discusión y sin más que añadir frente a la delimitación de la figura en cuestión, podemos comenzar a resolver uno a uno los cabos sueltos que hemos dejado de manera intencional puesto que se trata de enfocar el debate a éstos en tanto componen aspectos fundamentales para la resolución del problema jurídico. Para tal fin, pasaremos a exponer cuál ha sido el tratamiento jurídico penal que se le ha dado a la delincuencia por convicción y a la delincuencia por motivos de conciencia hasta la fecha para saber de dónde venimos y hacia donde vamos.

Entendido lo anterior, lo que veremos a continuación no es una respuesta anticipada al problema jurídico por tocar temas punitivos, en tanto resulta apenas obvio que la pena debe ser posterior a determinar los asuntos que dejamos pendientes con respecto a la culpabilidad y a la necesidad de la pena, sino que consiste en una prolongación de la contextualización en la que estamos en esta etapa teórica, esta vez más centrado en la reacción que ha tenido el tipo criminológico en la sociedad. No obstante a lo anterior, en el capítulo segundo tomaremos la primera gran postura que determinará el rumbo de la investigación cuando nos enfrentemos a lo que se busca con el castigo.

## **Capítulo Segundo**

### **El castigo a la delincuencia por convicción**

#### **Introducción**

Para Radbruch, el padre de la figura del delincuente por convicción, como vimos,

era fundamental separar al autor que obra conforme a sus convicciones de los demás delincuentes ordinarios debido a que éste es alguien que no precisa ser corregido ni resulta merecedor de retribución, pues es tan sólo alguien que piensa de otra manera (*Andersdenkender*), lo que lo hace, por mucho, un adversario del actual poderío moral, religioso o político. Con todo, a éste había que combatirlo en interés de la preservación del actual poderío pero no se le podía imponer, con sensatez, medidas correctivas o retributivas como se haría con un sujeto falto de consistencia moral<sup>227</sup>.

Así entonces, en otras palabras, aunque el Estado quiera combatirlo como un enemigo con todas sus armas, por éste no ser rebatible, no es susceptible de mejora y, por lo tanto, de tratar corregirlo o castigarlo con severidad se estaría manifestando una superioridad del Estado sobre los criminales. Es decir, en su opinión, se debe prescindir del fin retributivo y del de mejora en este tipo de delincuente<sup>228</sup>.

De hecho, asignarle una pena al delincuente por convicción es problemático para Radbruch, dado que la sola condena, la sola sentencia pronunciada por el Estado: “Has cometido un delito”, contiene una desaprobación que hay que justificar frente a este autor<sup>229</sup>, puesto que el Estado no puede hacerle un reproche ético al delincuente por convicción.

Por esta razón, Radbruch propuso una pena no deshonrosa de arresto que protegiera al Estado contra el disidente<sup>230</sup>, la cual debía tener sólo el sentido de encarcelación para garantizar la seguridad ante el encarcelado pero sin la función de revancha o mejora y sin el carácter de superioridad moral del Estado sobre el castigado<sup>231</sup>. No obstante, el tratamiento especial del delincuente por convicción debía mantenerse rigurosamente dentro de unos límites, puesto que se hace necesaria la existencia no solo de una convicción, sino que tal convicción se plantee como un motivo decisivo. De este modo, sólo la convicción de un deber de mayor entidad -y no sólo la

---

<sup>227</sup> Gustav Radbruch, El delincuente por convicción, Traducido por: J. L. Guzmán Dalbora, En: “*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*”, no. 07, Granada, Universidad de Granada, 2005, p. 3.

<sup>228</sup> Gustav Radbruch, Der Überzeugungsverbrecher, En: “*Juristische Rundschau*”, t. 2, 1926, p. 865.

<sup>229</sup> Luís Greco, óp. cit., p. 224.

<sup>230</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 44.

<sup>231</sup> Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 278.

convicción de un mayor derecho- explicaban la aplicación de este tratamiento privilegiado<sup>232</sup>.

En este sentido, el argumento decisivo para dar forma a un tratamiento especial del delincuente por convicción era justamente la ineficacia de los tradicionales fines de la pena. Es decir la perspectiva político-criminal de la cuestión, dado que, por una parte, el delincuente por convicción no reconoce la superioridad moral del Estado, con lo que se imposibilita la idea de retribución e incluso la de rehabilitación o de corrección y, por otra, la finalidad intimidatoria no produce efectos en delincuentes para los que la pena implica un martirio <sup>233</sup>. La conclusión, dentro de este planteamiento de Radbruch, se vislumbra entonces con cierta claridad: si ninguno de los fines de la pena resultaba útil para el delincuente por convicción y si éste es tan peligroso o incluso más que el delincuente común, la privación de la libertad tan sólo podía fundamentarse en la seguridad<sup>234</sup>.

En resumen, así tengamos, a grandes rasgos, una definición para la delincuencia por convicción, como todo lo que se discute en el Derecho Penal<sup>235</sup>, nuestro problema jurídico a resolver comienza en la cuestión del fundamento de la pena.

---

<sup>232</sup> Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 279.

<sup>233</sup> Acerca de esto último volveremos a hablar debido a que, en primer lugar, psicológica y fácticamente sí existe accesibilidad a la norma por parte del delincuente por convicción, así como posibilidad de conocimiento y comprensión de la misma, además de motivabilidad o determinabilidad por la amenaza de la norma penal. Lo que hace que el delincuente por convicción, por mucho que lo sea, normalmente sí es intimidable y es susceptible de sentir temor ante la amenaza de cumplimiento de la pena, especialmente si es dura. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, "*Actuación de conciencia...*", p. 611.

<sup>234</sup> Carlos Pérez del Valle, "*Conciencia...*", p. 61.

<sup>235</sup> Basta una mirada a la historia de la pena para darse cuenta que todo desarrollo en el sistema penal, en el que se encuentra la discusión abordada en este texto, está en la lucha de las teorías de la pena. Por lo que no es de extrañar que, con relación a la pena, se hayan discutido siempre vivamente las cuestiones relativas al por qué y para qué de la misma. Tema que será trabajado en este mismo capítulo. Para más información véase a José Miguel Zugaldía Espinar, ¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?, En: Franz von Liszt, "*La idea del fin en el Derecho Penal*", Traducido por: C. Pérez del Valle, Granada, Comares, 1995, p. 11.

Esto, por supuesto, se da debido a que, como se pudo observar de manera breve durante la explicación anterior, la pena es un mal especialmente grave, de tipo físico o comunicativo, impuesto por el Estado, que se inflige como reacción objetiva frente a unas supuestas acciones cometidas en contra de la ley<sup>236</sup> y, sólo por ello, se le impone al sujeto cuando hay un signo de inhumanidad que gatilla la indignación - como lo es no tener sentido de la justicia, que es una condición básica de la humanidad-<sup>237</sup>. Por lo tanto, la pena es, en su origen –es decir, en todas sus formas primitivas que podemos conocer en los comienzos de la historia de la civilización- una respuesta ciega, instintiva, impulsiva y no determinada por la representación de un fin a alcanzar<sup>238</sup>, contra el sujeto que, al momento de actuar, posee la capacidad individual de comprender la ilicitud de sus actos y de autogobernar su conducta de acuerdo con el plexo de valores propuesto por el derecho positivo<sup>239</sup>.

En este mismo orden de ideas, se trata entonces de una respuesta que requiere la responsabilidad de un autor por un comportamiento concreto que presente los elementos de un tipo delictivo y que no esté justificado cuando, en las circunstancias del caso, se podía esperar del autor que evitara la realización del tipo en aras de la observancia de la norma que prohibía el comportamiento en cuestión<sup>240</sup>. Por lo que

---

<sup>236</sup> Luís Greco, *“Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal”*, Traducido por: P. Dropulich y J. R. Béguelin, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 205.

<sup>237</sup> Urs Kindhäuser & Juan Pablo Mañalich, *“Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de Derecho”*, Montevideo, B de F, 2011, p. 20.

<sup>238</sup> La pena no tiene su origen en la idea del fin sino que se ha engendrado independientemente de ella y la ha precedido en la historia de la civilización. Para más información véase a Franz von Liszt, *“La idea del fin en el Derecho Penal”*, Traducido por: C. Pérez del Valle, Granada, Comares, 1995, p. 49.

<sup>239</sup> Juan Fernández Carrasquilla, Culpabilidad y libertad de voluntad, En: Fernando Velásquez Velásquez, et al., *“Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur”*, T. 1, Bogotá, Ibáñez, 2013, p. 487.

<sup>240</sup> Ahora bien, se puede esperar la observancia de la norma si el autor, por una parte, tenía capacidad de acción, esto es, si podía intelectual y psíquicamente haber hecho realidad la intención de evitar la realización del tipo y, por otra parte, si tenía capacidad de ser motivado. Esta última concurre cuando puede exigirse al autor que tome la norma como motivo (dominante) de su actuar y la ponga en práctica. Esto significa, según el Derecho vigente, que en el autor no deben concurrir causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad y que el autor no se debe encontrar en un error de prohibición. Para más información véase a Urs Kindhäuser, Retribución de la culpabilidad y prevención en el estado democrático de Derecho, Traducido por: N. Pastor Muñoz, En: Manuel



interviene frente al delincuente con superioridad, pero no con la superioridad de otro ser humano que se eleva por encima de él, como acaso el juez, sino con aquella que reside en él mismo, con la superioridad de su mejor yo<sup>241</sup>.

Con esto en mente, recordando, a su vez, que las ideas de Radbruch, por las diferentes críticas a las que fueron sometidas, fueron descartadas y, en cierta forma, olvidadas, corresponde estudiar el tratamiento jurídico penal que se le ha dado a lo largo de los años a la delincuencia por convicción y el tratamiento que se le debe dar hoy en día de acuerdo con las necesidades sociales y las políticas estatales, dado que la pena no tiene una definición general válida para cualquier lugar y para cualquier momento y, por el contrario, es un concepto legal de cada Código Penal en particular<sup>242</sup>.

Sin más, en esta parte, que es en la que se centra puntualmente la discusión, analizaremos diversos temas que van desde la punición que se le ha dado a la delincuencia por convicción, donde entran las variaciones en materia de penas a lo largo de los años y el contexto social que lleva a tales variaciones, hasta las respuestas que ha ofrecido el Derecho Penal frente a esas.

Entendido lo anterior, haremos un recuento del castigo al tipo criminológico estudiado, pasando por el nivel de reproche punitivo que tienen las acciones por convicción –aunque también volveremos a las acciones a conciencia–, las dudas frente a tal reproche en el contexto social estatal y la traducción de todo esto en la pena.

---

Cancio Meliá & Víctor Gómez-Jara Díez, *“Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión”*, v. 2, Madrid, Edisofer, 2006, p. 138.

<sup>241</sup> Gustav Radbruch, La idea educativa en el Derecho Penal, Traducido por: A. Del Campo, En: Gustav Radbruch, *“El hombre en el Derecho”*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 63.

<sup>242</sup> Estos albergan un catálogo de penas que la doctrina clasifica en virtud del bien jurídico sobre el que recaen y en cuya variación se reflejan los cambios vividos por el correspondiente modelo de Estado, así como la justificación que éste hace de su propio Derecho Penal. Para más información véase a Nieves Sanz Mulas, *“Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana”*, Madrid, Colex, 2000, p. 34.

## **1. El tratamiento jurídico-penal a la delincuencia por convicción.**

Dado que, como se ha venido exponiendo a lo largo del texto y desde el inicio del mismo, la figura de la delincuencia por convicción como tal, separada de la delincuencia por motivos de conciencia, ha sido relegada a un segundo plano en la mayoría de las regulaciones penales -como por ejemplo en Colombia, donde ni siquiera se ha planteado como tipo criminológico especial-, para entender cómo ésta ha sido tratada desde un punto de vista punitivo haremos una analogía con las dos figuras a las cuales se ha asociado más la delincuencia por convicción: la delincuencia política y el terrorismo.

Ahora bien, esto no significa que la atención se tornará hacia estas figuras. Si bien recurriremos al delito político y al terrorismo (político también, aunque ya se establecerá el concepto) cada vez que lo necesitemos, lo cierto es que, como se vio: i) la delincuencia por convicción abarca un campo mucho más amplio de acciones; ii) la figura de la delincuencia por convicción nace justamente para separar un tipo de autor desde la parte general y no en la parte especial; y iii) nuestro análisis va más allá de los debates que se han forjado en torno a los delitos políticos y los actos de terrorismo.

Entendido lo anterior, aun haciendo esta aclaración, estas dos figuras fueron elegidas dado que representan los dos extremos en la punición de conductas donde el autor está convencido de que es correcto delinquir, incluso de manera grave, para conseguir unos fines específicos pretendidos en razón a sus convicciones personales, lo que implica un nivel de obligatoriedad en su conducta por la necesidad de los medios frente al resultado. Por consiguiente, lo que veremos será: i) un extremo mínimo, donde el reproche ha sido disminuido total o parcialmente; y ii) un extremo máximo donde el reproche ha sido elevado y se traduce en una regulación punitiva radical.

Así entonces, en este momento, aunque de manera breve, con base en el reproche punitivo que se les ha dado a estos delitos, expondremos los límites punitivos en los que han oscilado algunas posibles acciones por convicción, de tal manera que podamos proseguir a entender todo esto cómo ha fluctuado en la sociedad y, así,

finalmente, podamos retomar la discusión frente a los fines de la pena con unas bases contextuales adecuadas.

Vale la pena clarar que esta noción de reproche punitivo que será usada para exponer la gravedad con la que recibe la sociedad la realización de delitos políticos y/o delitos de terrorismo no debe confundirse con la reprochabilidad de la culpabilidad, la cual será analizada en el capítulo tercero, pues seguimos en una etapa de contextualización teórica en la que exponemos el problema jurídico desde distintos ángulos para ir de lo general a lo particular.

Adicional a esto, en aras de ubicarnos en la fórmula matemática que se planteó en la introducción del texto y que nos ha servido para entender la metodología de análisis de la investigación (" $T + A + C = RP + NP = P$ ") tenemos que, en este momento, ya habiendo descartado, al menos temporalmente, el análisis de " $T$ " y " $A$ ", estamos ubicados en la " $P$ " de punición, aunque la razón por la cual lo analizamos de manera previa a la culpabilidad es porque, como se verá en el capítulo tercero y se explicará con lujo de detalles, la " $P$ ", al entenderse también como necesidad de la pena, se verá modificada dentro de la ecuación para estar en la misma bolsa –si se quiere– de la culpabilidad, resultando en " $T + A + [C + NP] = RP = P$ ". No obstante lo anterior, esto se menciona solamente como advertencia para que no haya alarma en el cambio del –que sería el– orden lógico pero no nos adelantaremos a los sucesos en tanto, como se dice, todo esto tendrá su debida explicación y continuaremos con el desarrollo del texto que venimos manejando.

Sin más preámbulo, el que ha sido, histórica y socialmente, el límite inferior del castigo de los posibles delitos por convicción, al menos en la parte especial del Derecho Penal, es la delincuencia política.

### **1.1 La disminución total o parcial del reproche punitivo.**

El delincuente político, inicialmente, se había caracterizado por una definición objetiva, es decir, que se entendía por delincuente político aquel que cometía alguno de aquellos delitos que protegen el orden político y la seguridad del Estado. Sin embargo, esto cambió con la consolidación constitucional de los Estados liberales

democráticos de principio del siglo XX, ya que se dio una tendencia a la definición subjetiva de la delincuencia política, con lo que empezaron a considerarse como delitos políticos aquellos comportamientos constitutivos de delitos comunes pero realizados por motivos políticos, llevando a la confusión entre el concepto de “delincuencia política” y la llamada “delincuencia por convicción” desde entonces<sup>243</sup>.

Esta confusión se da porque, aunque objetivamente el delito político es la elevación y la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado que se traduce en la violación de una norma penal -tal como el delito común- y, desde un plano meramente valorativo, es una forma de ataque al bien jurídico sumamente reprochable dado que tiene un desvalor de resultado subjetivo al estar dirigido contra la constitución del Estado y su forma de existencia como sociedad civil<sup>244</sup> -así como un desvalor de acción subjetivo por la perversidad de la intención del delincuente que utiliza medios criminales, no sólo por un desviado patriotismo, sino también por ambición o codicia<sup>245</sup>-, la propia naturaleza del delito político está marcada por la constitución de una nación y su forma social, que no es más que una institución humana esencialmente variable y en la que las modificaciones rápidas ceden incesantemente a las necesidades de los tiempos y de las costumbres, llevando a que la ley y su legitimidad no sean inmutables como las leyes de la conciencia<sup>246</sup>.

Lo anterior significa que la conducta no puede quedarse en la normatividad sino

---

<sup>243</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 37.

<sup>244</sup> Los delitos políticos hacen parte de un conjunto de instrumentos normativos estrictamente vinculados a la auto preservación política, pragmática y estratégica de los regímenes del poder político y de las instituciones gubernamentales del Estado, sean éstos democráticos o autoritarios. Para más información véase a Ricardo Posada Maya, Aproximación al concepto jurídico del delito político, En: Ricardo Posada Maya, *“Delito político, terrorismo y temas de Derecho Penal”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2010, p. 5.

<sup>245</sup> En este último aspecto suele haber discusión puesto que hay quienes no definen el delito político como un acto egoísta y, por el contrario, entienden que la búsqueda del cambio en las instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo considera más justos contiene un espíritu altruista y generoso, considere más justos. Esta es a postura de la Corte Constitucional colombiana por lo que, para más información, véase a la Corte Constitucional, Sentencia C 928 de 2005, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

<sup>246</sup> Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia...”*, p. 48.

que debe entenderse desde un punto de vista ontológico, puesto que los motivos progresivos y sociales son los elementos decisivos para la calificación de un hecho como delito político y, en últimas, son los que hacen que éste indique un grado menor de peligrosidad social, contrario a los motivos innobles como la venganza o el ánimo de lucro, que suponen –de manera discutible- una mayor peligrosidad y, por ello mismo, una mayor penalidad, sustentando así el reclamo de un trato favorable para el delincuente que obró impulsado por una motivación ideológica<sup>247</sup>.

Con todo, podría decirse que el delito político es, a grandes rasgos, una conducta que, en sentido objetivo estricto y subjetivamente restringido, tiene un fin operativo de suprimir, modificar o impedir violentamente la vigencia permanente o el libre funcionamiento temporal del régimen constitucional y legal democráticos vigentes, o el derrocamiento del Gobierno Nacional, a partir de un móvil político prevalente pero, en cualquier caso, no regresivo. Lo anterior debido a que, en sentido positivo, puede ser fundamental en la reconstrucción o en la sustitución del régimen jurídico-político por otro más favorable a las convicciones del autor<sup>248</sup>.

Esto, finalmente, lo convierte en una cláusula de cierre en los sistemas democráticos de Derecho, que sólo resulta aplicable por razones de conveniencia nacional a delincuentes “políticos” que actúen en “revoluciones” armadas y concertadas por una mayoría política contra una minoría regresiva que atenta contra la democracia y los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>249</sup>.

No obstante lo anterior, lo que realmente nos interesa, puesto que, como se ha visto, de ahí es donde nace la confusión y asimismo la posibilidad de hacer una analogía entre el delito político y el delito por convicción, es que esos motivos progresivos y

---

<sup>247</sup> Aunque esto será analizado posteriormente, en principio se plantea la existencia de un derecho de resistencia que se fundamenta en el derecho de los pueblos a oponerse a los regímenes tiránicos y opresores, lo que justifica –según algún sector de la doctrina- la ausencia de antijuridicidad material en algunos comportamientos constitutivos de delitos políticos formales, cuando la acción “revolucionaria” ataca sistemas de gobierno de facto. Para más información véase a Ricardo Posada Maya, “Aproximación...”, p. 5; Luis Jiménez de Asúa, “*Tratado de Derecho Penal*”, t. III, Buenos Aires, Losada, 1977, p. 212.

<sup>248</sup> Ricardo Posada Maya, “Aproximación...”, p. 45.

<sup>249</sup> Iván Orozco Abad, “*Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia*”, Temis, Bogotá, 1992, p. 63.

sociales que definen a los delitos políticos implican, en el fondo, una serie de razones superiores a los intereses personales del autor<sup>250</sup>, lo que significa que, nuevamente, estamos ante una o varias confrontaciones ideológicas con la autoridad legítima y legalmente constituida<sup>251</sup>.

Así entonces, si nos quedamos con esta última idea, parece evidente que no estamos realmente ante una confusión sino que los delitos políticos, aunque definidos en la parte especial, hacen parte de un conglomerado más grande como es la delincuencia por convicción<sup>252</sup>, ya que sus perpetradores están convencidos de que la única forma de lograr su objetivo es mediante el delito -dado que el mismo orden que proponen modificar es el que ofrece el conducto regular- y, de no hacerlo, actuarían en contra de su conciencia<sup>253</sup>. Esto nos indica que, en principio, a los delitos por convicción –o a algunos de ellos al menos- se les ha dado un menor reproche haciéndolos merecedores de un tratamiento punitivo preferencial más benigno, dado que, como coincide gran parte de la doctrina, no se trata de actos infames sino más bien honorables<sup>254</sup>.

Entendido lo anterior, el castigo a ciertos delitos por convicción, como son los delitos políticos, se ha dado de manera similar a los postulados de Radbruch aunque con diferente enfoque. Si bien éste planteaba la necesidad de un tratamiento jurídico-penal especial por la inutilidad de los fines de la pena con respecto a estos autores, este tratamiento diferenciado, cuando no se consagra legalmente el tipo

---

<sup>250</sup> Denis Szabo, Political Crimes: A Historical Perspective, En: *"Denver Journal Of International Law And Policy"*, vol. 2, n. 1, Denver, Colorado, University Of Denver, 1972, p. 7.

<sup>251</sup> Ricardo Posada Maya, *"Aproximación..."*, p. 51.

<sup>252</sup> En la literatura jurídica norteamericana se dice mayoritariamente que la palabra "político" es una mala descripción de estos delitos porque es demasiado estrecha. Es por eso que algunas autoridades han sugerido el término "crimen ideológico", el cual ha sufrido cambios profundos a lo largo de la historia, que van desde una reacción altamente arbitraria por parte del Estado en defensa propia, hasta la evolución hacia un conjunto de normas destinadas a garantizar la seguridad de la comunidad internacional. Para más información véase a Denis Szabo, *óp. cit.*, p. 10.

<sup>253</sup> Nótese que en este punto somos muy cuidadosos con el tema del conflicto de conciencia aun cuando ya se ha planteado en el párrafo anterior. Esto debido a que, como se vio en el capítulo primero, el tema de la obligatoriedad de las convicciones con respecto a la conciencia cumple un papel fundamental que será retomado con posterioridad.

<sup>254</sup> Denis Szabo, *óp. cit.*, p. 8.

criminológico que estamos estudiando, encontró sustento en la menor reprochabilidad de las conductas cuando éstas, además de presentar una convicción, buscan el mejoramiento de la situación político-social<sup>255</sup>.

Ahora bien, esta naturaleza disminuida o atenuada de este tipo de delitos por convicción, que en Colombia admite, en ejercicio de la soberanía popular, según lo indica la tradición constitucional colombiana y la propia Constitución de 1991 en el numeral 17 de su artículo 150<sup>256</sup>, que se le concedan amnistías generales o indultos a los delincuentes políticos por motivos de conveniencia pública, como formas eminentemente políticas de extinción de la responsabilidad penal, encuentra límites cuando: i) los actos vulneran de manera grave la democracia -que no es lo mismo que orden constitucional-; ii) vulneran los derechos personalismos de los asociados; o iii) cuando incluyen a la población civil como parte de sus objetivos para atacar el orden jurídico-político establecido, pues en este caso el acto pierde su nobleza y deberá ser tratado como un acto de delincuencia común e incluso, si se dan los requisitos previstos para ello en la ley y las convenciones internacionales, un crimen de lesa humanidad o de guerra<sup>257</sup>.

Por ello, aunque en su debido momento lo retomaremos y lo analizaremos en detalle, salvo contadas excepciones, los delitos políticos no se hallan cuando una minoría regresiva consuma delitos execrables que, si bien inicialmente tuvieron móviles progresivos o sociales y por su naturaleza impugnan la aplicación de los efectos vinculados a este tipo de construcciones jurídico-políticas, no buscan el beneficio superior de la sociedad<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> Gustav Radbruch, El delincuente por convicción, Traducido por: J. L. Guzmán Dalbora, En: *"Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología"*, no. 07, Granada, Universidad de Granada, 2005, p. 3.

<sup>256</sup> Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 150: *"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

*17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar". (Subrayas fuera del texto)*

<sup>257</sup> Ricardo Posada Maya, *"Aproximación..."*, p. 56.

<sup>258</sup> Ricardo Posada Maya, *"Aproximación..."*, p. 43.

En suma, los beneficios constitucionales y legales otorgados a los delitos políticos, aunque nos son útiles para exponer el tratamiento punitivo desde un punto de vista minimalista, nos son insuficientes para analizar el castigo que se le ha dado a la delincuencia por convicción en cuanto a que, de superar ciertos límites dogmáticos, aunque supongan móviles políticos, la noción de delito político se pierde y nos adentramos en materia de delitos comunes –como el terrorismo- y algunos otros delitos graves. Por lo tanto, es momento de analizar la otra cara de la moneda y pasar a las situaciones en las que se les da un máximo reproche a aquellos delitos que se realizan con base a una convicción particular, aunque no se diga puntualmente que son delitos por convicción.

Es momento entonces de hablar del terrorismo como antítesis de los delitos políticos dentro de un mismo conglomerado -para los efectos prácticos de esta investigación- y su regulación maximalista.

## **1.2 La otra cara de la moneda: la regulación maximalista**

El 15 de octubre de 1985, William H. Webster, el entonces director del FBI, dijo que:

*“Detrás de toda retórica política que se nos lanza desde el extranjero, estamos sacando una verdad insoslayable; (el terrorismo es) un crimen desde cualquier punto de vista civilizado, que se comete contra gente inocente, lejos del escenario del conflicto político, y debe ser tratado como un crimen...”*

*En nuestro reconocimiento de la naturaleza del terrorismo como crimen estriba nuestra mayor esperanza de vencerlo...*

*Utilicemos las herramientas que poseemos. Invoquemos la cooperación que tenemos el derecho de esperar en todo el mundo y, con esa cooperación, hagamos disminuir las oscuras y desagradables zonas de refugio hasta que esos cobardes merodeadores sean*



*detenidos para responder como criminales en juicio público por los crímenes cometidos y reciban el castigo que tan merecido tienen*<sup>259</sup>.

Con esto, se dejaba claro que las infracciones de terrorismo (en todos los ordenamientos), consustancialmente, no son normales. No porque sean extraordinariamente peligrosas o porque el significado político de la actividad de una organización terrorista resulte especialmente intolerable en un ordenamiento que se define como legítimo, sino porque evidencia muestras de inhumanidad altamente reprochables<sup>260</sup>.

En consecuencia, a lo largo de las últimas décadas, en razón a distintos eventos que han impactado a la sociedad moderna por su atrocidad, como fueron, principalmente, los atentados en Nueva York del 11 de septiembre de 2001, han aparecido la lucha contra la impunidad o de “impunidad cero”<sup>261</sup> y la doctrina del derecho de la víctima al castigo del autor<sup>262</sup> en diferentes ámbitos aunque con un especial énfasis en materia de terrorismo, lo que ha llevado a cambios significativos en la política criminal que serán evaluados más adelante.

Así entonces, tal como hicimos con los delitos políticos, donde se concluyó que se trata de delitos, si se quiere, “nobles” y que, por lo tanto, aunque no es una opinión generalizada entre los dogmáticos de la delincuencia política -aunque si mayoritariamente aceptada-, merecen un tratamiento penal diferenciado conforme a la disminución total o parcial en su reproche punitivo, en este momento analizaremos el castigo a esos actos que, aunque en buena parte políticos, no son

---

<sup>259</sup> Citado por Tom Clancy, *“Juego de patriotas”*, Barcelona, Plaza & Janes, 1989, p. 8.

<sup>260</sup> Manuel Cancio Meliá, Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal Español, En: Ricardo Posada Maya, *“Delito político, terrorismo y temas de Derecho Penal”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2010, p. 97.

<sup>261</sup> Lo peor que puede ocurrir es la impunidad, es decir, la tolerancia consciente de los gobiernos ignorando a las víctimas y rehusando condenar a los culpables. Para más información véase a George Fletcher, *“Gramática del Derecho Penal”*, traducido por: F. Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 12.

<sup>262</sup> Jesús María Silva Sánchez, ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de las víctimas al castigo del autor, En: Santiago Mir Puig, *“Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Penal del siglo XXI”*, no. VIII (2007), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 329.

actos nobles dado que representan ataques contra la población civil y demuestran inhumanidad. Esto, sin embargo, se hará, nuevamente, para demostrar cómo se han castigado a los autores por convicción ante la ausencia de la figura.

Comencemos, entonces, por esta última parte, no sin antes aclarar que, aunque efectivamente pueda haber una relación, los delincuentes organizados y algunos tipos de delincuentes por convicción, como lo son quienes desean de establecer un mejor orden social para el individuo y/o para la nación, están en polos opuestos, dado que el primero actúa en perjuicio directo de la sociedad y, el segundo, en mejora de la misma según sus propias convicciones y su propio entendimiento de la realidad<sup>263</sup>.

Esta aclaración se hace debido que necesitamos separar, en el marco de esta investigación, la posibilidad de que se hable de un reproche especial para el terrorismo por su cercanía al crimen organizado, pues lo que nos interesa es realmente la motivación de los autores de manera individual –el nivel colectivo lo trabajaremos más adelante- y la finalidad o el objetivo que se busca con el delito.

Una vez dicho eso podemos establecer que, en principio, porque no siempre es así, el terrorismo gira en torno a tres cuestiones básicas: i) los actos de extrema violencia como medio –no se niega que puedan haber actos terroristas que no sean de carácter violento como, por ejemplo, la financiación al terrorismo-; ii) el terror o la grave intimidación como resultado; y iii) la finalidad de destrucción del sistema político democrático perseguida por los autores<sup>264</sup>. Claro está que, debido a que: i) hay un conflicto entre las normas, los valores aprendidos en la familia y las pautas culturales dominantes en la sociedad concreta en la que se vive; y ii) faltan estructuralmente los medios adecuados y suficientes para alcanzar los objetivos socialmente señalados, hay una combinación entre la desmoralización y la frustración que

---

<sup>263</sup> Ruth Shonle Cavan, Underworld, Conventional and Ideological Crime, En: *“Journal of Criminal Law and Criminology”*, vol. 55, Issue 2 June 1964, p. 239.

<sup>264</sup> Julio Fernández García, Los delitos de terrorismo, su financiación y consecuencias jurídicas, En: Nieves Sanz Mulas, *“El Derecho Penal y la nueva sociedad”*, Granada, Comares, 2007, p. 159.

constituye una desconfianza tan profunda y estructural que se podría describir como una desconfianza de la propia conciencia<sup>265</sup>.

Lo anterior significa que los terroristas se suelen apoyar en una serie de creencias con anclaje cognitivo y emocional que les sirve para justificar la discriminación y sus comportamientos violentos, puesto que éstas son consideradas como absolutas y los comportamientos son vistos o interpretados como al servicio de una causa significativa y con sentido. De hecho, las convicciones son tan importantes en el terrorismo que las personas no se involucran en conductas terroristas hasta que no se han justificado a sí mismos la moralidad de sus acciones, pues los terroristas, al igual que otras personas, tratan de evitar conflictos internos o disonancias cognitivas, necesitando comportarse de forma consistente con sus creencias, o lo que es lo mismo, buscan una relación de equivalencia entre pensar, decir y hacer<sup>266</sup>.

Así entonces, las personas intentan dar sentido o significado a sus acciones y – quizás- ninguna causa tiene mayor significado que la polémica lucha entre el bien y el mal en sus distintas manifestaciones, dicotomía absolutista y maniquea, pensamiento «blanco o negro», común en las ideologías fundamentalistas en general, especialmente en lo concerniente a la moralidad. Así, las convicciones forman parte de lo ideal y las creencias de los demás, así como los comportamientos derivados de ellas, constituyen lo maligno, es decir, son inmorales, peligrosas, destructivas y amenazadoras, justificando la agresión hacia el impuro como una defensa necesaria y retributiva, incluso como un imperativo moral<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> Julio Bordas Martínez, *“El terrorismo Yihadista en la sociedad calidoscópica: Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI”*, Madrid, Edisofer, 2006, p. 166.

<sup>266</sup> Humberto Trujillo Mendoza, Manuel Moyano, Cristóbal León, Carolina Valenzuela & Joaquín González Cabrera, El radicalismo islamista en las sociedades occidentales: prejuicio, identidad social y legitimación del terrorismo, En: *“Psicología conductual”*, v. 13, n. 2, 2005, p. 319.

<sup>267</sup> En general, los terroristas tienen alguna justificación para su acción, ya sea personalmente construida o derivada de la ideología del grupo. Con esto, los argumentos legitimadores de la violencia pretenden lograr apoyo de la opinión pública y, además, que las personas del grupo que se encuentran sufriendo elevados costes de respuesta emocional estén de acuerdo en asumirlos dentro de la situación de conflicto. Así, se esgrimen argumentos que otorgan mayor superioridad ética al grupo violento, siendo la violencia un instrumento al servicio de la justicia de los fines. Para más información véase a Humberto Trujillo Mendoza, et al., *óp. cit.*, p. 320.

Por lo tanto, más que un concepto jurídico, el terrorista entra como una categoría dentro del tipo criminológico que estamos estudiando, dado que, en efecto, el elemento que lo distingue de la delincuencia común es que la realización de la conducta desviada se da en pro de la consecución de un objetivo al cual el individuo se siente fielmente adherido y al que no puede accederse de otra forma, lo que representa una decisión tomada racionalmente, a conciencia y por fidelidad a la propia ideología<sup>268</sup>. Ahora bien, vale la pena recordar –y esto será muy importante en el capítulo cuarto– que lo que nos interesa, más allá del delincuente por convicción, son los delitos por convicción, en tanto entendemos que, por supuesto, pueden haber terroristas, identificados como tal si se quiere, que delinquen de manera reiterada sin que sus convicciones jueguen un papel fundamental en la totalidad de sus acciones, es decir, que pueden delinquir de manera común.

El problema es que las ideologías que defienden el derrocamiento del gobierno por la fuerza traen las más severas represalias legales a menos que, entre otros requisitos, tal gobierno sea abusivo frente a las garantías fundamentales de la ciudadanía, por lo que, en ese caso, aunque egoísta en el fondo, el que contenga una aparente manifestación de altruismo hace a la conducta menos reproachable<sup>269</sup>, lo que ha llevado a que el terrorismo se tipifique, al menos en el Código penal colombiano, ya

---

<sup>268</sup> Henry Canaval Larenas, Valeria Fuenzalida Retamal & Jorge Muci Garcés, *“Terrorismo islámico, delincuencia por convicción política y Derecho penal del enemigo”*, Santiago, Universidad de Chile, 2007, p. 80.

<sup>269</sup> El delito político y el terrorismo, al que hasta el momento hemos definido como la manifestación extrema del delito político aunque ya entraremos en detalles, se originan en situaciones de disgregación social, producto de un desorden existente en el interior de las sociedades, que surge como consecuencia de la situación de desigualdad y opresión en que tienen los detentadores del poder a las clases más desprotegidas y que se manifiesta en todas las estructuras de organización, económicas, políticas, jurídicas y religiosas, lo que implicaría que siempre exista el régimen injusto que se requiere para calificar punitivamente cada conducta y no que este sea un caso excepcional. Para más información véase a Henry Canaval Larenas, et al., óp. cit., p. 68.

sea en tiempos de paz<sup>270</sup> o en tiempos de guerra<sup>271</sup>, dado que existe una regulación específica para cada uno, única y exclusivamente para conductas orientadas a la provocación o el mantenimiento de un estado de zozobra y terror que atacan bienes jurídicos personales o de titularidad del Estado indiscriminadamente, olvidando una posible finalidad ulterior que puede ser de cualquier clase<sup>272</sup>.

Por lo tanto, por más que seamos enfáticos en la finalidad política de impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes democráticos que estructura el terrorismo<sup>273</sup>, los ordenamientos jurídicos como el colombiano no la consagran puesto que, con esto, deslegitiman y le restan importancia a los postulados ideológicos, calificando su accionar no como político sino como un sinsentido irracional<sup>274</sup>.

Así, aunque quizás esta no era la intención, bien podría decirse que el reproche punitivo que se le ha dado al terrorismo -que es el máximo posible contrario a lo que sucede con los delitos políticos- se apoya en que los terroristas son una especie de

---

<sup>270</sup> Colombia. Ley 599 de 2000. Julio 24. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se consagra el Código Penal. 343. *“Terrorismo. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.*

*Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

<sup>271</sup> Colombia. Ley 599 de 2000. Julio 24. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se consagra el Código Penal. Artículo 144: *“Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años”.*

<sup>272</sup> Yamila Fakhouri Gómez, Luces y sombras de la regulación antiterrorista colombiana, En: Fernando Velásquez Velásquez, et al., *“Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur”*, T. 2, Bogotá, Ibáñez, 2013, p. 874.

<sup>273</sup> Yamila Fakhouri Gómez, óp. cit., p. 879.

<sup>274</sup> Henry Canaval Larenas, et al., óp. cit., p. 90.

locos que, como no consigue sus objetivos legítimamente, matan para ocupar los titulares de los medios de comunicación y así implantarse en el cerebro de las personas, aterrorizándolas, para que sean estas las que se movilicen desde la sociedad civil, se imaginen que son árbitros entre su gobierno legítimo y los terroristas y exijan a sus dirigentes que hagan algo o dejen de hacerlo para que los asesinos dejen de matar. El problema con esta definición es que, siguiendo los postulados de Bordas Martínez, los terroristas serían algo completamente opuesto a los guerrilleros en cuanto a que no cuentan con el apoyo logístico ni político de la población civil ni pretenden liberar un territorio aunque sea mediante fuerzas irregulares<sup>275</sup>.

Lo anterior significa que la figura digna de análisis para esta investigación sería esa última: la guerrilla. No obstante, dado que en este momento estamos haciendo una contextualización del terrorismo para entender por qué es tan reprochable –y teniendo en cuenta que la diferenciación de Bordas Martínez es minoritaria–, seguiremos manejando la idea de terrorista como aquel que busca la consecución de una finalidad específica haciendo uso de medios ilícitos, siendo ésta una finalidad con tintes ideológicos.

Con todo, si algo podemos concluir es que la delincuencia por convicción, como gran grupo, tiene diferentes clasificaciones internamente y que, cada una de estas, ante la ausencia de tal figura en los ordenamientos jurídicos, recibe un tratamiento diferenciado de acuerdo al reproche punitivo que se le asigne a la conducta. Por esto, así como el delito político puede no recibir pena, el terrorismo, que comparte fundamentalmente los mismos elementos que el delito político frente a las convicciones, es castigado con toda la severidad posible<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup>Julio Bordas Martínez, *óp. cit.*, p. 176.

<sup>276</sup> Con todo, aunque no es objeto de estudio, no sobra mencionar que la comunidad internacional, desde la cláusula belga de atentado decide la diferenciación porque el terrorismo era inicialmente el mismo delito político. Esta cláusula se inserta en los tratados de extradición y constituye una excepción al principio de no extraditabilidad de los delincuentes políticos con el objeto de alcanzar a quienes hubieren atentado contra la vida de un jefe de estado. Por medio de la cláusula del atentado se considera como no político el delito consistente en un atentado contra la vida de un jefe de Estado y su familia y recibe tal denominación porque fue consignada por primera vez en la Convención de Extradición franco-belga de 1856, celebrada a consecuencia de un complot frustrado contra la vida de

Entendido esto, hay considerables dudas con respecto al castigo de la delincuencia por convicción y sus subespecies, pero estas no se dan por un elemento especial en la concepción de cada figura, sino que se dan fundamentalmente por las concepciones normativas y valorativas –a través de las percepciones sociales- de cada Estado y lo que cada uno de estos busca con respecto a su política criminal<sup>277</sup>.

Dicho esto, es prudente hacer un recuento, también breve, de algunos cambios en política criminal que se han dado en razón a los cambios en los modelos de Estado, para cerrar definitivamente las dudas con respecto a la reprochabilidad de las conductas y la pena que se les debe asignar conforme a la misma.

## **2. La razón de tales dudas ante la Sociedad Contemporánea.**

Dado que, como se acaba de ver, el reproche que se le da a cada una de las diferentes conductas que constituyen un posible delito por convicción lleva a que se establezca su castigo, el cual, como se vio en la delincuencia política y en el terrorismo, puede pasar de un tratamiento benigno y/o atenuando a uno absolutamente perjudicial en el que se aumenta la pena al máximo permitido constitucionalmente en cada Estado, el reproche debería ser un motivo de estudio. Desafortunadamente este mismo reproche no nos dice mucho más –al menos en este punto-, pues éste es tan solo la respuesta del Estado frente a la impresión que la conducta genera en la sociedad.

Así entonces, el paso que nos corresponde tomar, para completar todos los vacíos posibles en esta exposición integral inicial, consiste en estudiar la posición del Derecho Penal –y más específicamente la posición de la pena y del castigo- en la sociedad actual, por lo que tendremos que reconstruir puntualmente algunos eventos que han modificado nuestra forma de pensar en los últimos años. Esto se hará debido a que es lo único que puede acercarnos a entender a qué impresiones

---

Napoleón III. Para más información véase a Eugenio Gaete González, *“La extradición ante la doctrina y la jurisprudencia, 1935-1965”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1972, p. 231.

<sup>277</sup> Juan Felipe Daza Lora, *“Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2017, p. 69.

sociales responden esas dudas con respecto al ejercicio del *ius puniendi* estatal para los casos que estamos trabajando, es decir, tratar de entender cuáles han sido esos puntos históricos que han generado mayor desazón social y han llevado a un mayor reproche punitivo.

Por esta razón y siempre centrados en el marco de las penas, traeremos a colisión las doctrinas que dominan el debate político criminal en la actualidad, para hacernos una idea de lo que la gente exige y lo que, en razón a esto, busca el legislador a la hora de enmarcar las conductas al ámbito punitivo.

## **2.1 Políticas correccionalistas en el Estado Social y Democrático de Derecho.**

Al inicio de este capítulo se dijo que, para Radbruch, uno de los principales problemas en la sanción de los delincuentes por convicción es que, para éstos, los fines de la pena son inaplicables y, para tal sentido, menciona, justamente, la corrección del delincuente como una manifestación absoluta de la imposición del poder estatal sobre el ciudadano.

No obstante, aunque hoy en día, en términos generales, se piensa en la abolición de la pena para sustituirla por una noción de justicia restaurativa<sup>278</sup>, en los años posteriores a la intervención de Radbruch, más puntualmente luego de la segunda Guerra Mundial, las ideas y las políticas correccionalistas cobraron especial relevancia con el renacimiento de las ideas humanitarias y la configuración del Derecho Penal entorno a la búsqueda de ser más humano y evitar el castigo<sup>279</sup>. Esto significa que, en la dogmática penal posterior a Radbruch, donde ya se había olvidado materialmente su idea del delincuente por convicción, la ideología del

---

<sup>278</sup> En la actualidad el Derecho Penal estatal no se encuentra ya entre las instituciones que resultan evidentes y, por el contrario, además de los criminólogos, la propia dogmática penal se ha declarado partidaria del abolicionismo penal, haciendo que la centenaria cuestión sobre el sentido y fin de la pena haya dejado de ser un mero ejercicio filosófico carente de valor, para pasar a ser un problema central que afecta a la legitimación misma del Estado moderno. Para más información véase a Bernd Schünemann, Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, Traducido por: P. Sánchez-Ostiz, En: Jesús María Silva Sánchez, *“Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin”*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 89.

<sup>279</sup> Francisco Muñoz Conde, *“Introducción...”*, p. 90.



tratamiento alcanzó su punto álgido y, de manera dominante, la determinación del contenido y la duración de las penas privativas de la libertad se empezó a decidir de acuerdo a la capacidad de ser sustituida o no por otras medidas o programas en la mayoría de las legislaciones, como una modalidad de prevención dirigida a proporcionar al reo los medios que le capaciten para una vida futura sin delitos<sup>280</sup>.

Ahora bien, la resocialización como política correctiva estándar se analizará en detalle en el numeral 3.2.4 de este mismo capítulo, por lo que en este momento no nos centraremos en su naturaleza ni sus componentes especiales y la dejaremos temporalmente suspendida. No obstante esto, lo que nos interesa resaltar en este asentamiento del contexto social del Derecho Penal -para entender los cambios en la pena y, más puntualmente, el tratamiento jurídico dado a la delincuencia por convicción-, es que, con el surgimiento de ideas humanitarias después de un evento de gran impacto social como fue la Segunda Guerra Mundial, que, como si fuera poco, llevó posteriormente al nacimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, cargado de buenas intenciones en la protección de los Derechos Humanos, el castigo de las conductas delictivas, indiscriminadamente, estaba enfocado en la corrección del delincuente. Es decir que, fuese el delito que fuera, durante la primera mitad del siglo XX fue tal el efecto negativo que dejó la guerra y los crímenes de guerra, que la sociedad tuvo un vuelco definitivo en la perspectiva del castigo y la prevención del delito que, durante la posguerra, se asumieron las posturas más “humanitarias” en sinónimo de la modernidad<sup>281</sup>.

Entendido lo anterior, se dice que se elimina –o al menos se desconoce el reproche punitivo de las conductas delictivas- debido a que, aunque se analizará en su debida oportunidad, la noción de proporcionalidad de la pena acorde a la culpabilidad se desplaza para dar pie al tiempo que se requiere para la resocialización a la hora de tasar la pena y asignar el tratamiento correctivo.

Con todo, aunque, al menos para Radbruch, no fuese un fin adecuado en la pena de los delincuentes por convicción, las políticas correctivas o correccionalistas surgidas

---

<sup>280</sup> Nieves Sanz Mulas, “Alternativas...”, p. 76.

<sup>281</sup> David Garland, “La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 107.

en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho son una manifestación de la flexibilidad del uso de la pena de acuerdo a los hechos impactantes en la sociedad y a los cambios sociales históricos<sup>282</sup>. Usos que, como se verá a continuación, se dejaron una vez se presentaron nuevos hechos materia de discusión y se empezó a olvidar la enfática protección a los derechos en el modelo de Estado.

## **2.2 La caída del correccionalismo.**

Si bien las ideas de Radbruch fueron virtualmente olvidadas, al menos en temas del delincuente por convicción, la idea de corregir al delincuente fue criticada justamente porque significa una imposición absoluta del Estado y del régimen político vigente<sup>283</sup>, lo cual es evidentemente contrario a los fines que el mismo modelo de Estado sigue y defiende. Ahora bien, más que decir por qué no son políticas punitivas acertadas en el marco del Derecho Penal, dado que esto será motivo de análisis posterior, en este momento procederemos a exponer un marco mayor, esto es la desarticulación del welfarismo penal en sus premisas y prácticas<sup>284</sup>, es decir, la caída de esas ideas humanitarias que influyeron directamente las ideas y la filosofía penales, promulgando, nuevamente, en pocos años, un cambio sustancial en materia punitiva.

Entendido lo anterior, Zúñiga Rodríguez establece que tal cambio, que consistió, a grandes rasgos, en la crítica a las propuestas de la criminología liberal progresista acerca de alternativas a la prisión y alternativas al sistema penal para generalizar el

---

<sup>282</sup> Franz von Liszt, *“La idea del fin en el Derecho Penal”*, Traducido por: C. Pérez del Valle, Granada, Comares, 1995, p. 49.

<sup>283</sup> El modelo correccionalista, propio del Estado de bienestar y que corresponde a un momento de auge de la economía mundial, fue criticado debido a la fuerte intervención que suponía en la subjetividad de las personas y por tratarse de un diseño que hacía énfasis en la aceptación del orden establecido y no en la libertad. Por esta razón, se consideraba que el sistema penal de la época correccionalista podría conducir a un Estado disciplinar que no era válido en una sociedad democrática. Para más información véase a Farid Benavides Vanegas, Política Criminal y Constitución, En: Fernando Velásquez Velásquez & Renato Vargas Lozano, *“Derecho Penal y Constitución”*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014, p. 51.

<sup>284</sup> David Garland, *“La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 107.

discurso del “nada vale” y reconfigurar el campo del control del delito y la justicia penal, reorientando sus políticas y prácticas a maneras que estaban en los antípodas de las intenciones originales, en cuanto a que inicialmente se apuntaba a defender los derechos de los presos, minimizar el encarcelamiento, restringir el poder del Estado y abolir las medidas de seguridad preventivas; se dio en tres procesos independientes que se originaron hacia finales de los años sesenta y mediados de los setenta<sup>285</sup>: i) la tecnología de la información; ii) la crisis económica tanto del capitalismo como del estatismo y sus reestructuraciones subsiguientes; y iii) la interacción entre procesos y las reacciones que crearon una nueva estructura social dominante, la sociedad red; una nueva economía, la economía informacional/global; y una nueva cultura, la cultura de la virtualidad real<sup>286</sup>.

Ahora bien, no es necesario entrar, en este momento, en cada uno de los procesos que generaron la caída de las políticas correccionalistas, sino entender que, como consecuencia, basándose en la alta sensibilidad de los gobiernos y las legislaturas a las preocupaciones públicas, especialmente en lo que se refiere al sentimiento de que los delincuentes no son suficientemente castigados o que los individuos peligrosos no son adecuadamente controlados, surgió un modelo de criminología que consideraba que, frente al fracaso de la finalidad preventiva de la prisión y del sistema de justicia penal, era necesario desarrollar y fortalecer sus funciones represivas<sup>287</sup>, puesto que el delincuente es un ser racional que toma la decisión de

---

<sup>285</sup> A mediados de los 70's Foucault y Ignatieff sostenían que el correccionalismo era una muestra de la modernidad. La tendencia rehabilitadora en la justicia penal aparecía como una parte del estado de cosas propio de la modernidad. Para más información véase a David Garland, *op. cit.*, p. 108.

<sup>286</sup> De ahí la importancia que han adquirido los medios de comunicación para la comprensión del fenómeno criminal. Éstos no sólo transmiten noticias, sino configuran imágenes, símbolos y prejuicios sobre la criminalidad, lo que hace que el poder configurador de la sociedad de los medios de comunicación transforme el poder disciplinario en control social informal e influye en las demandas de políticas criminales concretas, casi siempre represivas en las que el sistema penal actúa como *prima ratio*. Para más información véase a Laura Zúñiga Rodríguez, *Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales*, En: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre & Nieves Sanz Mulas, *“Derecho Penal de la democracia vs. Seguridad Pública”*, Granada, Comares, 2005, p. 104.

<sup>287</sup> Farid Benavides Vanegas, *op. cit.*, p. 52.

cometer el delito y, por lo tanto, racionalmente decide atacar a la sociedad, lo que lo hace intrínsecamente malvado y no merecedor de simpatía<sup>288</sup>.

Con esto, en la nueva sociedad, tan influenciada por las demandas punitivas que surgen de las ansiedades de justicia expresiva para mitigar la indignación popular, tranquilizar al público y restaurar la credibilidad del sistema, los propósitos de las agencias de control delictivo, así como sus prácticas, racionalizan el Derecho Penal como Derecho Penal del Enemigo, legitimando teóricamente la orientación social excluyente para concentrarse en las poblaciones que son un riesgo de comisión de delitos, reduciendo las estrategias a meras políticas de seguridad ciudadana<sup>289</sup>.

En conclusión, a partir de los setenta, donde reinaba la idea de la modernidad y de las políticas correccionalistas del estado de bienestar como una característica de ésta, se reaccionó, justamente, frente a los fracasos del modernismo penal y se cuestionaron los códigos normativos de la sociedad, transformando los valores sobre los que se asentaba para enfocarse en el otro peligroso, haciendo un eco criminológico de la cultura de la guerra y de la política neoconservadora, dramatizando al delincuente y considerándolo una catástrofe, encuadrándolo en un lenguaje de la guerra y la defensa social<sup>290</sup>.

Con todo, ya hemos visto dos factores sociales que influenciaron el Derecho Penal en el siglo XX y, más puntualmente, generaron debates con respecto a la pena, su finalidad y su uso. Es por esto que es necesario entrar en detalle, de manera breve al menos, en uno de los debates que sobresale en el Derecho Penal actual, la disputa entre las garantías fundamentales de los delincuentes y la seguridad ciudadana,

---

<sup>288</sup> Los delincuentes, sin importar su clasificación, pasan a verse como criaturas monstruosas que se encuentran más allá de nuestra capacidad de entender, lo cual ayuda a calmar la conciencia de aquellas personas que podrían llegar a sentir remordimientos por el hecho de que se incapacite a millones de personas y hasta se mate a algunas de ellas en el nombre de la seguridad pública. Para más información véase a David Garland, *óp. cit.*, p. 301.

<sup>289</sup> Esta concepción parte de la necesidad de preservar el orden en el espacio público y de evitar que se cometan incivildades que afectan la tranquilidad de la mayoría de la población. Con el fin de velar por esta tranquilidad desarrollan una serie de técnicas de control poblacional que apuntan a evitar que esos colectivos y sus comportamientos afecten a la mayoría buena de la sociedad. Para más información véase a Farid Benavides Vanegas, *óp. cit.*, p. 53.

<sup>290</sup> David Garland, *óp. cit.*, p. 300.

para pasar, de igual forma, a la racionalización del Derecho Penal en el Derecho Penal del Enemigo, puesto que, como se ha visto, los cambios punitivos han enfrentado diversos debates con el transcurso del tiempo. Debates en los que la delincuencia por convicción, prácticamente innombrada, ha sido sometida a nuevas formas de castigo.

### **2.3 Las garantías fundamentales vs. La seguridad.**

Si partimos de la base que en la posguerra se propendía a la protección absoluta de los derechos humanos y se buscaba la forma de castigo acorde a dicha protección, lo cual cambió cuando las ideas humanitarias del welfarismo pasaron a un segundo plano gracias al énfasis en la seguridad ciudadana ante la percepción de peligros inminentes -en los que todos nos consideramos posibles víctimas-, debemos explicar por qué estamos ante una moderna vuelta a la confrontación o antinomia entre el Estado de Derecho y el Estado absoluto, el Derecho Penal garantista y el derecho penal autoritario<sup>291</sup>. Es decir, debemos mostrar el punto de inflexión en el cambio de pensamiento social para, así, exponer los debates que se generan alrededor de la pena.

Ahora bien, es prudente aclarar que, aunque sobresale por sí solo, se habla de un Derecho Penal autoritario en el sentido en que, como dice Velásquez Velásquez, actualmente, se hace uso de un Estado de cosas caracterizado por la introducción de una legislación inflacionaria por parte de los estados nacionales -que, como si fuera poco, no sirve de respuesta a la criminalidad-, con lo cual se ponen en tela de juicio las dos funciones garantistas que aportan legitimidad al Derecho Penal: i) su papel a la hora de prevenir los delitos y ii) la prevención de las penas arbitrarias<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> Alberto Daunis Rodríguez, Seguridad, Derechos Humanos y Garantías penales: ¿Objetivos comunes o aspiraciones Contrapuestas?, En: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre & Nieves Sanz Mulas, *"Derecho Penal de la democracia vs. Seguridad Pública"*, Granada, Comares, 2005, p. 214.

<sup>292</sup> Fernando Velásquez Velásquez, Constitución y principio de legalidad, En: Fernando Velásquez Velásquez & Renato Vargas Lozano, *"Derecho Penal y Constitución"*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014, p. 263.

Así entonces, estamos hablando de dos expansiones patológicas del Derecho punitivo en la dirección de un Derecho Penal máximo, las cuales son un Derecho de penalización inflacionario que colapsa el sistema judicial y el incremento del encarcelamiento, lo que es producto de una política indiferente a las causas estructurales de los fenómenos criminales que, como se dijo y se explicará, sólo ve en la “seguridad” su única alternativa criminalizando, incluso, la pobreza.

Con todo, en este acápite de la exposición y la contextualización, debemos tratar dos puntos para entender la magnitud del problema jurídico y social al que nos enfrentamos con respecto a la pena. Por un lado se complementará, en buena medida desde un punto sociológico e histórico, lo que se ha venido diciendo acerca del cambio en las ideas punitivas de los años setenta del pasado siglo XX –y por qué, justamente, esa época es tan relevante en el debate punitivo- y se explicará por qué se afirma vehementemente que la política criminal mundial –no sólo la colombiana- sufre de los estragos del Derecho Penal autoritario<sup>293</sup>.

Así entonces, vale la pena aclarar que, en ese desarrollo histórico que fundamenta la explicación del texto, volveremos a hablar de terrorismo y se seguirá entendiendo éste, como se vio, como una posible forma de delincuencia por convicción, recordando que, por supuesto, depende de diversos factores para poder acceder a tal clasificación criminológica. Esto se hará, puntualmente, para resaltar la estrecha relación de la delincuencia por convicción –o al menos del reproche dado a ciertas manifestaciones de delincuencia por convicción- con los cambios en torno a la pena como concepto amplio y general.

Entendido lo anterior, el que se diga –y se repita-, que en los años setenta fue la caída de las políticas correccionalistas, tiene un sustento adicional que no se ha mencionado hasta el momento y es el que, realmente, fundamenta el que se piense, como ya se dijo, que todos los ciudadanos del mundo estamos en peligro y que, por eso, necesitamos que la legislación penal deje de lado la protección de las garantías

---

<sup>293</sup> Alfonso Reyes Echandía, *Legislación y seguridad nacional en América Latina*, En: “*Poder y Control: Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*”, n. 0-1986, Barcelona, PPU, 1986, p. 251.

fundamentales de los agresores y, en cambio, nos brinde protección efectiva a nosotros, “las víctimas”: la denominada Sociedad del Riesgo<sup>294</sup>.

Antes, cuando citábamos a Zúñiga Rodríguez, decíamos que, para ella, esa década de los setenta trajo la tecnología de la información y una crisis económica que derivó, en últimas, en una nueva cultura con una nueva economía y una nueva estructura social<sup>295</sup>. En consecuencia, hay nuevas amenazas de las que no se es consciente hasta que se apoderan de los debates públicos<sup>296</sup>, en los cuales quedan legitimadas y se presenta la necesidad de reinventar continuamente las instituciones políticas<sup>297</sup>. El problema con esto es que, aunque se verá más adelante, en realidad, los riesgos civilizatorios se sustraen a la percepción ciudadana y, hoy, no están ligados a factores específicos sino al temor abstracto de que se vive en constante peligro por amenazas futuras que deben prevenirse<sup>298</sup>.

Esto significa, en pocas palabras, que, como sistema axiológico, la sociedad se siente insegura y, como contraproyecto normativo, basado y estimulado en que todos han de ser protegidos, surge, por miedo, una fuerza política que promulga el uso del Derecho Penal como solución, dejando así al temor al delito y la sensación de

---

<sup>294</sup> Ulrich Beck, *“Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”*, Traducido por: J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998, p. 27.

<sup>295</sup> Laura Zúñiga Rodríguez, *“Viejas y nuevas tendencias político criminales...”*, p. 104.

<sup>296</sup> En la medida en que se agudizan las amenazas de la modernización y se generalizan y suprimen las zonas no afectadas que aún puedan quedar, la sociedad del riesgo despliega una tendencia a la unificación objetiva de los daños en las situaciones de amenaza y esto, en una medida, hace que la inteligencia humana queda perpleja. Por lo tanto, la nutrida y creciente modernización, desemboca ruidosa y conflictivamente en las discusiones públicas. Para más información véase a Ulrich Beck, *“Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”*, Traducido por: J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998, p. 27.

<sup>297</sup> Rafael Modesto Escobar, *“Comentario a Ulrich Beck: La sociedad del riesgo global”*, Madrid, Siglo XXI, 2002, p. 2.

<sup>298</sup> Los presuntos riesgos no se agotan en consecuencias y daños que ya han tenido lugar, sino que contienen esencialmente un componente futuro. Éste reposa tanto en la prolongación al futuro de los daños ya visibles como en una pérdida general de confianza o en la suposición de un «fortalecimiento del riesgo». Por lo tanto son temores a destrucciones que aún no han tenido lugar pero que se asumen inminentes, lo que hace que se perciban reales. Para más información véase a Ulrich Beck, *óp. cit.*, p. 28.

inseguridad como mecanismos unificadores de la ciudadanía<sup>299</sup>.

Lo anterior se ha podido ver, por ejemplo, en América Latina con la reacción populista frente al aumento de las tasas de criminalidad, aun cuando luego de las dictaduras militares siguió un proceso de democratización que supuso la desmilitarización de la seguridad pública y una serie de reformas tendentes a la modernización de la fuerza armada y la policía nacional con el fin de adaptarlas al nuevo marco democrático, puesto que los gobiernos apelaron por políticas de mano dura y meramente represivas que buscan criminalizar al otro simplemente por el hecho de su diferencia<sup>300</sup> y los ciudadanos optaron por hechos de justicia privada como linchamientos –también denominados formas de (in)justicia popular<sup>301</sup>.

Con todo, en la denominada Sociedad del Riesgo en la que vivimos, reina el populismo del miedo como reacción política al incremento de la criminalidad y a la percepción de inseguridad, por lo que las políticas criminales y, fundamentalmente, el uso de la pena se configuran a partir de la seguridad pública<sup>302</sup>, bajo el entendido que el delito se controla cuando, en primer lugar, se define como el enemigo número uno de las sociedades y se hace énfasis en la protección situacional de la víctima por encima de la protección de las garantías fundamentales de los presuntos victimarios, de tal forma que se enfoca el Derecho Penal en la disuasión y en la incapacitación de

---

<sup>299</sup> Rafael Modesto Escobar, *“Comentario a Ulrich Beck: La sociedad del riesgo global”*, Madrid, Siglo XXI, 2002, p. 113.

<sup>300</sup> Alejandro Aponte Cardona, *“Guerra y Derecho Penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo”*, Bogotá, Ibáñez, 2009.

<sup>301</sup> Farid Benavides Vanegas, *óp. cit.*, p. 54.

<sup>302</sup> Lucía Dammert & Felipe Salazar, *“¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina”*, Santiago, Flacso, 2009.



los ofensores<sup>303</sup>, incluso mediante la violación de los derechos de las personas procesadas<sup>304</sup>.

Ahora bien, para arribar a estos discursos que entienden necesario la implementación de medidas, no sólo policiales, sino también legales que proporcionen mayor seguridad y tranquilidad a la sociedad y respondan con efectividad ante las disfunciones que generan dicha inseguridad, podemos proponer muchas circunstancias y razones y evidenciar una y otra vez la tendencia hacia un Derecho Penal máximo, pero la principal es, sin duda alguna, la sensación de inseguridad y fragilidad que provocaron los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, puesto que fue a partir de ese evento cuando los postulados de la Sociedad del Riesgo llegaron a su punto más álgido y se estableció una doble perspectiva de seguridad: i) la seguridad estatal, entendida ésta como la necesidad de defenderse ante los atentados terroristas de bandas internacionales organizadas<sup>305</sup>, con un amplio entramado y una grave potencialidad de afección – punto en el que retorna el terrorismo a la discusión-; y ii) la seguridad ciudadana, donde, por la continua aparición de nuevos problemas sociales, se demanda una actuación emergente del legislador para que incorpore, en la legislación penal, más delitos, penas más duras y reglas más severas, sin atender a los estrictos principios

---

<sup>303</sup> Entre las apuestas de los legisladores para satisfacer las demandas de seguridad ciudadana de la población se destaca la transformación del sistema de penas, primigeniamente sustentado en un modelo resocializador y por tanto preventivo-especial, para pasar a desarrollar un modelo represivo, fundamentalmente basado en la retribución, la defensa de la sociedad frente al criminal en sus caras de prevención especial negativa (inocuidación) y prevención general positiva. Para más información véase a Laura Zúñiga Rodríguez, *Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales*, En: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre & Nieves Sanz Mulas, *“Derecho Penal de la democracia vs. Seguridad Pública”*, Granada, Comares, 2005, p. 100.

<sup>304</sup> Farid Benavides Vanegas, *óp. cit.*, p. 59.

<sup>305</sup> Se suele identificar a un grupo de personas como enemigos, culpabilizándolos de los distintos males de la sociedad y, ante los cuales la respuesta del ordenamiento jurídico debe ser radical y tajante – bajo el adjetivo de enemigos se sitúan distintos colectivos considerados peligrosos para la sociedad y que, potencialmente, son capaces de generar determinados riesgos para la convivencia pacífica de esta sociedad. En estos supuestos, el Derecho penal se configura, también, como un derecho penal del enemigo, donde las personas son tratadas como meras fuentes de peligro, que deben ser neutralizadas. En definitiva, se retorna a legislaciones propias de etapas pasadas y oscuras, caracterizadas por su autoritarismo y deshumanización. Para más información véase a Alberto Daunis Rodríguez, *óp. cit.*, p. 220.

y garantías penales y procesales, con el objetivo de conseguir una mayor eficacia ante la criminalidad y una mayor seguridad ciudadana<sup>306</sup>.

En este punto es evidente que, con los nuevos temores y la percepción de inseguridad permanente, el que se intensifique la búsqueda de seguridad, tanto estatal como ciudadana, haciendo uso del Derecho Penal en un alcance máximo para satisfacer las exigencias del pueblo, lleva necesariamente a que se vulneren las garantías fundamentales que tanto protege el Estado Social y Democrático de Derecho. Por lo tanto, es aquí donde se ve con claridad la magnitud del debate y se refleja qué lado sale victorioso del enfrentamiento. No sin antes poner de presente que, como hecho histórico clave, fue un acto de terrorismo lo que exacerbó la percepción de riesgos futuros e inminentes de manera permanente. Es decir, un acto de posible delincuencia por convicción fue lo que llevó a que se intensificara la nueva forma de pensamiento con respecto a la pena, sus usos y sus fines.

Adicional a esto, fue un acto de posible delincuencia por convicción lo que, también, dio pie a que se empezara a discriminar legítimamente a los delincuentes para darles un tratamiento punitivo diferenciado. El problema es que esta discriminación no se hizo en los términos de Radbruch, es decir, con base en las convicciones inherentes a la personalidad y a la conciencia, sino en otro tipo de factores que fundamentaban el odio y el temor a lo desconocido, lo cual llevó, necesariamente, al Derecho Penal del Enemigo.

## **2.4 El Derecho Penal del Enemigo.**

Hasta el momento hemos establecido que, durante más de cuarenta años, en América Latina y, en general, en la sociedad actual –para no centrarnos en algún Estado-nación específico, puesto que es irrelevante en cuanto a que sólo estamos esgrimiendo algunos puntos genéricos que han orientado ciertos cambios en la política criminal mundial- la pena se ha tratado desde el paradigma de la seguridad (o seguridad ciudadana) y la defensa nacional (o seguridad estatal), limitando el

---

<sup>306</sup> Alberto Daunis Rodríguez, óp. cit., p. 218.

problema de la seguridad a la preocupación por los enemigos internos y externos del Estado<sup>307</sup>.

Con esto en mente, la política criminal, hemos dicho, se ha enfocado en legitimar un trato diferenciado para aquellos que ponen en riesgo la seguridad del Estado y de sus ciudadanos, es decir, un trato diferenciado para los enemigos de la sociedad en la que vivimos, por lo que se ha llegado a plantear una noción de Derecho Penal para los enemigos<sup>308</sup>. No obstante lo anterior, en esta oportunidad no haremos especial referencia al Derecho Penal del enemigo en cuanto a que es un tema que no corresponde al objeto de estudio y analizar su complejidad significaría una desviación significativa en el tema, aunque su mera enunciación es prudente para concluir la contextualización que se viene haciendo antes de adentrarnos formalmente en la pena.

Entendido lo anterior, sin pretender hacer afirmaciones comprometedoras en un debate que genera revuelo en la actualidad, la esencia del Derecho Penal del Enemigo está en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico

---

<sup>307</sup> Carlos Enrique Guzmán Mendoza, Seguridad ciudadana y derechos humanos: ¿Paradigma de la acción pública de los gobiernos locales?, En: Julia Sandra Bernal Crespo & Carlos Enrique Guzmán Mendoza, *“Los derechos humanos: una mirada transdisciplinar”*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2014, p. 447.

<sup>308</sup> El enemigo constituye una amenaza inminente para nuestras creencias y nuestros valores más preciados, sin mencionar, en consecuencia, nuestra misma existencia, por lo que emprendemos, con convencimiento, actos y hechos irracionales, en ocasiones con obediencia ciega, para eliminar de la faz de la tierra esas amenazas. Así, nuestro sentido moral es un producto de una adaptación de la vida individual al medio social donde, aunque se busque constantemente la independencia del individuo en la adopción de valores y comportamientos específicos, se notan patrones y reacciones similares de un número importante de agentes y grupos, los cuales, innegablemente, nos llevan a un medio social común impuro y defectuoso que es, a su vez, altamente conflictivo y que demanda, en consecuencia, formas de pensar y actuar que no corresponderían al sentido habitual de normalidad, por lo que se incluyen mensajes e información confusa en cuanto a contenido de lo que es considerado como correcto, incorrecto, necesario e incensario. Para más información véase a Vicente Torrijos Rivera & Juan David Abella Osorio, *“Las fuerzas militares y el paramilitarismo: las verdaderas dimensiones de un fenómeno conflictivo”*, Ibáñez, Bogotá, 2017, 36.

contra individuos especialmente peligrosos <sup>309</sup> , en el que se adelantan considerablemente las barreras de punibilidad -incriminando, en ocasiones, “conductas”, en vez de “hechos” propiamente dichos-, se incrementan notablemente las penas y se relajan y/o suspenden determinadas garantías procesales individuales utilizando, en las redacciones típicas, fórmulas amplias y ambiguas para evitar las limitaciones propias del principio de legalidad<sup>310</sup>.

Así entonces, además de dejar claro que la pena, en el transcurso de menos de un siglo, puesto que iniciamos nuestra exposición en la posguerra, ha sufrido diferentes cambios en su aplicación justamente por los cambios sociales que se han vivido, pasando por el nacimiento de un pensamiento humanitario y proteccionista de los derechos fundamentales hasta su caída definitiva para dar paso a la seguridad, ha sido, igualmente, adaptada para perseguir, aparentemente de manera preventiva, a todo aquel que comprometa los intereses del Estado.

Esto, sin necesidad de hacer un análisis detallado, sobresale cuando se dice que hay personas que delinquen porque su conciencia y/o sus convicciones le impiden seguir las disposiciones legales del régimen reinante, puesto que, en este sentido, se trata de la forma más grave de peligrosidad contra la sociedad<sup>311</sup>.

Con todo, la pena, en sus fines, se tambalea hasta el punto de presentar más dudas que certezas, por lo que es absolutamente necesario, para la delincuencia por convicción como tema de estudio, entender que se le castiga con la mayor severidad posible sin tener en cuenta todo el discurso proteccionista de la libertad de conciencia que se trató en el capítulo primero de este texto.

No obstante, antes de, finalmente, hablar de la pena y sus fines, en sentido amplio y de manera puntual frente a los delincuentes por convicción como tipo criminológico, cabe decir que, por un lado, para cerrar definitivamente el acápite acerca del Derecho Penal del Enemigo, éste resulta inidóneo para cumplir la tarea del Derecho Penal de

---

<sup>309</sup> El enemigo es, en últimas, todo aquel que no ofrezca mínima garantía cognitiva necesaria para ser tratado, práctica y efectivamente, como personas. Para más información véase a Günther Jakobs, “*Parte General...*”, p. 53.

<sup>310</sup> Alberto Daunis Rodríguez, *óp. cit.*, p. 220.

<sup>311</sup> Leticia Jericó Ojer, “*El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*”, Madrid, La ley, 2007, p. 45.

procurar la integración social, porque esto solamente se puede lograr si el Derecho Penal se caracteriza, precisamente, por su esfuerzo por ser un esquema para el enfrentamiento formal y materialmente adecuado del comportamiento desviado<sup>312</sup> y, por otro, estos modelos excluyentes, además de no respetar los paradigmas de respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, adolecen de defectos en el ámbito de la efectividad que tanto pregonan, puesto que no sólo no previenen a largo plazo la criminalidad, porque las causas se mantienen, sino que generan mayor conflictividad social, dado que sólo mantiene controlados a corto plazo los sujetos “peligrosos” para el orden social y los valores mayoritarios<sup>313</sup>.

### **3. La traducción de las dudas en los fines de la pena.**

Hasta el momento, en este capítulo, hemos dicho que, por diferentes razones, a los delincuentes, es decir, a quienes defraudan los intereses sociales y actúan de manera desviada, se les castiga –o se les tiende a castigar- dependiendo de la impresión que sus actos generan en la sociedad. Por ende, el castigo a la delincuencia depende directamente del modelo social que se tenga.

Este modelo social, que se analizó de manera breve solamente para hacernos una idea general del panorama en el que nos movemos, es, entonces, el que define la reprochabilidad punitiva<sup>314</sup> que conllevan los actos que generan odio y repudio en el pueblo, al punto que se alimenta el latente deseo de hacerles daño a quienes nos hacen daño a nosotros las “honradas” y posibles “víctimas”<sup>315</sup>.

Por esta razón, también dijimos que, por razones político criminales y no tanto por un mandato legal, actualmente se usa y se amplía la ley penal para aplicarles la máxima sanción a ciertas personas en un sentido de venganza, donde hicimos especial referencia a la delincuencia por convicción en algunas de sus posibles

---

<sup>312</sup> Urs Kindhäuser & Juan Pablo Mañalich, óp. cit., p. 179.

<sup>313</sup> Laura Zúñiga Rodríguez, óp. cit., p. 127.

<sup>314</sup> La reprochabilidad se analizará formalmente en el próximo capítulo pues como se ha manejado no es puntualmente su definición.

<sup>315</sup> Herbert L. Packer, *“The Limits of the Criminal Sanction”*, Stanford University Press, Stanford, 1968, p. 38.

formas. No obstante a lo anterior, lo cierto es que el deseo de desenfundar todas las armas disponibles en el Estado contra la delincuencia que genera mayor impresión en la sociedad –como si esto, siendo un tema valorativo y netamente individual, pudiese ser medido de manera objetiva- alcanza puntos críticos también en la aplicación legal, en tanto los representantes del ente acusador suelen verse a sí mismos como la voz de la comunidad en su demanda por retribución y sus alegatos de cierre en los procesos penales suelen estar cargados de retórica de venganza, sin mencionar que muchos jueces conciben su función judicial como la expresión de la demanda social de que el delincuente expíe sus crímenes<sup>316</sup>.

Entendido lo anterior, la pena, sus usos y sus fines se someten a nuevas consideraciones en la necesidad de adaptación a las exigencias sociales. Así entonces, ya centrándonos un poco más en el tema que nos compete, estamos diciendo que, por ejemplo, por la denominada Sociedad de Riesgo y la constante sensación de inseguridad frente al terrorismo y el incremento en la delincuencia, entre muchos otros factores, la pena ha cambiado sus fines<sup>317</sup>.

Es por esto que, en este acápite, tenemos que analizar los fines de la pena -desde los cambios sociales- y enfocarlos a la delincuencia por convicción, considerada, por un lado, altamente reprochable en unos casos y fácilmente perdonable en otros y, por otro, con serios problemas con respecto a su ubicación en los mismos desde su creación como figura dogmática y como tipo criminológico en 1922.

Ahora bien, para hablar de los fines de la pena, entendiendo que ésta no puede funcionar sin tener unas prestaciones concebidas pre-jurídicamente dentro del ordenamiento jurídico, por lo que debe tener efectos secundarios relativamente frecuentes del funcionamiento de la institución, útiles al mundo exterior del sistema o que aseguran su permanencia<sup>318</sup>, tenemos que hablar, brevemente, sobre la pena en su noción amplia.

---

<sup>316</sup> *Ibíd*em, p. 10.

<sup>317</sup> Juan Bustos Ramírez, Introducción a los aspectos filosófico-jurídicos, En: *“Poder y Control: Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social”*, n. 0-1986, Barcelona, PPU, 1986, p. 21.

<sup>318</sup> Lo lógico es que la teoría de la pena no opere sin rumbo puesto que participa de la finalidad del Derecho Penal constitucional. Por lo que, en un principio, la finalidad de las normas constitutivas del Derecho Constitucional Penal es, por un lado, asegurar la posibilidad de disfrute de libertades para

De esto ya se ha dicho que: i) la pena es un mal a favor de la actuación de la justicia, el mantenimiento de la ley y de la voluntad general racional contra el ilícito<sup>319</sup>; y ii) sólo puede ser legítima cuando es acorde a Derecho. Por lo tanto, si la concepción de la pena es que sea, en su esencia, retribución, será legítimo que se use como tal<sup>320</sup>. Por esta razón, la decisión político-criminal básica de qué función se le debe atribuir a la pena no puede adoptarse mediante leyes ordinarias sino que debe ser obligada por la constitución<sup>321</sup>, aun cuando las normas constitucionales constituyan un marco muy amplio al pretender determinar lo ilícito penal o la atribución individual del hecho al autor<sup>322</sup>.

---

todos, individuales y completas y, por otro, el funcionamiento en libertad de una sociedad preocupada por ese disfrute de libertades para todos. Esta sociedad procura a su vez el desarrollo favorable de las libertades, así como de los subsistemas favorecedores de la libertad distintos de la sociedad misma. Por eso se critica con tan vehemencia que la pena, de manera autoritaria, por darle cabida a las solicitudes de seguridad estatal y ciudadana, vulnere las garantías fundamentales de los procesados. Para más información véase a Wilfried Bottke, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, Traducido por: G. Benlloch Petit, En: Jesús María Silva Sánchez, *“Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin”*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 48.

<sup>319</sup> El problema de definir la pena como una obra de bien es demasiado claro: si la pena es una obra de bien ¿por qué nos esforzamos por formular una teoría que ha de justificar la pena? La pena es en sí misma una obra de bien –es decir, en su “esencia”–, pero que en primer lugar aparece como un mal. Para más información véase a Luís Greco, *óp. cit.*, p. 215.

<sup>320</sup> Evitar delitos no es el único fin de la pena: por regla general, bajo la caracterización de “fines de la pena” se discuten precisamente cuestiones que se encuentran en otro nivel, como por ejemplo la cuestión de si tiene prioridad la prevención especial o la general. Para distinguir estos niveles, diferenciaremos entre fines finales o fines de primer orden y fines mediatos o fines de segundo orden. Para más información véase a Luís Greco, *óp. cit.*, p. 229.

<sup>321</sup> Una vez fundada constitucionalmente la función de la pena, también la teoría del delito puede orientarse en base al mismo fundamento constitucional, pues la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, esto es, trazar límites a lo que puede castigarse con una pena, lo cual depende de la función que la Constitución permita atribuir a la pena. Para más información véase a Santiago Mir Puig, *“El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 31.

<sup>322</sup> No obstante, la Corte Constitucional Colombiana ha derivado directamente de la Constitución la solución de algunos problemas dogmáticos relevantes. Así, por ejemplo, ha fundado en el principio de proporcionalidad la exigencia de lesividad y de culpabilidad (propriadamente de responsabilidad subjetiva) para que una conducta adquiera relevancia penal. En este sentido, en la Sentencia C-205 del 11 de marzo de 2003 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández), se dice que el principio de antijuridicidad tiene su corolario en el principio de proporcionalidad y en la Sentencia C-370 del 14

Con esto en mente, el modelo de Estado consagrado en la Constitución es lo que determina la conceptualización del hecho punible, el sentido y la justificación del instrumento punitivo en el ordenamiento jurídico<sup>323</sup>. Por consiguiente, en un Estado Social y Democrático de Derecho –como Colombia, donde en el artículo primero de la Constitución Política se pone la dignidad humana como pilar del sistema<sup>324</sup>–, el ejercicio del *ius puniendi* debe velar por el respeto de la dignidad y no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, como el principio de la legalidad o las garantías que fueron objeto de estudio en el capítulo primero, y debe, además, añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos<sup>325</sup>, sin renunciar a la lucha contra la delincuencia sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional, lo que indica que, en principio, debe estar orientado a prevenir el delito protegiendo los derechos del procesado y del sindicado<sup>326</sup>.

No obstante lo anterior, esto, junto con las demás teorías de la pena no son sino puntos de vista que, de una u otra forma, y con trascendentales efectos prácticos, intentan legitimar o justificar racionalmente la existencia del Derecho Penal, que

---

de mayo de 2002 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet) establece que la exigencia de culpabilidad (como responsabilidad subjetiva e incluso juicio de reproche) como consecuencia de la dignidad humana solo puede sancionarse a quien haya actuado culpablemente.

<sup>323</sup> Alfonso Cadavid Quintero, Constitución y teoría del delito, En: Fernando Velásquez Velásquez & Renato Vargas Lozano, “Derecho Penal y Constitución”, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014, p. 203.

<sup>324</sup> Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

<sup>325</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

<sup>326</sup> En este sentido, el Derecho Penal sólo puede propender por la prevención de delitos, por lo que la pena solo puede tener una finalidad preventiva (debería ser prevención general negativa, pero también estabilizadora o integradora y que además sirva para la resocialización), con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad; en un marco de respeto a la legalidad, consecuencia esto último de ser el Estado uno “de derecho”. Para más información véase a Alfonso Cadavid Quintero, óp. cit., p. 205.



permite que unos hombres impongan a sus semejantes el mal que supone el sufrimiento de una pena<sup>327</sup>.

En este sentido, de manera breve y concreta –tanto como es posible en un debate de la magnitud al que nos enfrentamos- expondremos y analizaremos las doctrinas de los fines de la pena en su totalidad porque, aunque sea un debate conocido para el lector y haya merecido siglos de estudio, nuevamente, es necesario tenerlo muy presente para la metodología de pasos que se ha venido usando y que, como se dijo desde la introducción, puede resumirse en la fórmula “T + A + C = RP + NP = P”, sobretodo para cuando se propongan los cambios estructurales a esa fórmula.

Para hacer ágil la lectura de tan extenso debate y llegar cuanto antes al tema que nos interesa, que son las dudas que existen en la aplicación de la pena en el contexto social actual a la hora de enfrentarse a delincuentes no comunes, partiremos desglosando las teorías en sus dos grandes categorías: las absolutas y las relativas, partiendo de la base que son absolutos aquellos elementos de la teoría de la pena cuyo contenido surge sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social, mientras que serían relativos aquellos otros elementos cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social<sup>328</sup>. Con todo, mantendremos tres ideas permanentes –retribución, prevención general y prevención especial- bien de forma unilateral conforme a una de ellas, bien combinando dos de ellas o bien combinando las tres a un mismo tiempo<sup>329</sup>.

Ahora bien, antes de entrar en el debate -y como última aclaración previo al mismo- debemos decir que, dado que es una discusión que ha perdurado por un amplio periodo de tiempo y en la que han intervenido los más importantes expertos en la materia, ésta tiene unos antecedentes históricos que deben tenerse en cuenta, también, para su total comprensión, pues no se trata de una discusión atemporal ni mucho menos ajena a los factores sociales, por lo que, en la contextualización y

---

<sup>327</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, ¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?, En: Franz von Liszt, *“La idea del fin en el Derecho Penal”*, Traducido por: C. Pérez del Valle, Granada, Comares, 1995, p. 11.

<sup>328</sup> Günther Jakobs, óp. cit., p. 20.

<sup>329</sup> Nieves Sanz Mulas, *“Alternativas...”*, p. 38.

análisis, se buscará una solución para la generalidad pero también para la delincuencia por convicción como tipo especial.

Por lo anterior, lo primero que hay que destacar es que a principios del siglo XIX predominaban concepciones preventivo-generales, que ya analizaremos, como las de Feuerbach, Filangeri y Bentham, junto a posiciones retribucionistas como la de Kant. Más avanzado el siglo, los hegelianos insistieron en la retribución y, también, apareció la nueva dirección del positivismo naturalista a favor de la prevención especial, llegando así a la “lucha de escuelas” que se resolvió mediante un compromiso por las teorías eclécticas, que combinaron con distintos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial, aunque el compromiso suponía la renuncia al punto de partida que servía de fundamento a una verdadera concepción de retribución: suponía dejar de considerar a la pena como una exigencia ética de justicia, pues, ciertamente, la justicia no admite componendas derivadas de la utilidad social<sup>330</sup>.

Teniendo esto en mente, el primer grupo de análisis serán las teorías absolutas.

### 3.1 Teorías absolutas

Las teorías que se expondrán en este grupo se clasifican como absolutas porque consideran que la pena tiende al logro de fines o de valores absolutos tales como la “realización de justicia” o el “imperio del derecho”<sup>331</sup> y su contenido esencial aparece plasmado en la negación de la negación del Derecho, por lo que cumple un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea el quantum o intensidad de

---

<sup>330</sup> Entraña la admisión de una relación de tensión entre principios pues lo que puede resultar aconsejable para la prevención general puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o al de proporcionalidad y se puede entrar en colisión con las necesidades de la prevención especial. Para más información véase a Santiago Mir Puig, Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva, En: *“Poder y Control: Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social”*, n. 0-1986, Barcelona, PPU, 1986, p. 49.

<sup>331</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, óp. cit., p. 12.

negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena<sup>332</sup>.

Con todo, lo que tenemos que tener en cuenta a la hora de examinar cada una de las posturas es que, en términos generales, la teorías absolutas han pretendido legitimar la pena sobre la base de la justicia -el mal del delito se retribuye con el mal de la pena-, fundamentando entonces su aplicación en la libertad e igualdad naturales de todos los hombres, mas no hay un fin externo a la pena puesto que no se persigue consecuencia alguna y su fin es interno, dado que se agota en el mantenimiento del propio sistema creado, esto es, la validez del derecho y el reforzamiento de la conciencia jurídica<sup>333</sup>.

Estas dos teorías son: i) la teoría de la expiación y ii) la teoría de la retribución. De la primera, como se verá, no se hablará en detalle por las razones que se expondrán en su debido momento, mientras que frente a la retribución el análisis será considerablemente mayor.

### 3.1.1 Expiación

Se ha dicho que en las teorías absolutas sólo está la noción de retribución que se analizará a continuación, pero lo cierto es que también está la teoría de la expiación, la cual establece que, con la pena, el delincuente se ha de reconciliar consigo mismo y con la comunidad<sup>334</sup>, es decir, que sólo mediante el sufrimiento es que, quien ha delinquido, puede expiar sus pecados y volver a convivir en paz. No obstante, esta teoría, además de la mera mención, no será expuesta en este texto puesto que no es posible que sea materia propia de la pena algo que se constituye exclusivamente como una forma de restauración moral, sin mencionar que cuando el penado abandona la prisión, no lo hace como un penitente que ha expiado sus culpas sino

---

<sup>332</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Introducción"*, p. 71.

<sup>333</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Aspectos filosófico-jurídicos..."*, p. 22.

<sup>334</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Estudios sobre los fundamentos de Derecho Penal"*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 23.

que, en realidad, en la mayoría de los casos, sale como alguien que ha sido estigmatizado, puesto que la sociedad misma refuerza, externamente, sus errores<sup>335</sup>.

### 3.1.2 Retribución

Antes de hacer cualquier tipo de afirmación, como se ha podido vislumbrar antes, aunque se clasifique como un fin de la pena, no consideramos a la retribución como una teoría de los fines de la pena porque sencillamente no responde a una finalidad sino que conforma únicamente la retribución a la culpabilidad del sujeto como único fundamento<sup>336</sup>, lo cual, en cierta forma, hipertrofia el efecto primario de la pena en atención a una finalidad carente de efectos secundarios, siendo que, al menos en un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena debe ser final y racional -con una racionalidad dirigida a fines- y justa para el soberano del Derecho, según sus ideas de valor válidamente adoptadas y no con base a la eficiencia final<sup>337</sup>.

A tal conclusión arriba, a su vez, Greco, quien renuncia a la explicación detenida de las tesis de la teoría de la retribución puesto que, si se toma en serio la idea de que sólo se pueden fundamentar prohibiciones de acción pero no mandatos de acción, deben rechazarse todas aquellas propuestas carentes de un fin<sup>338</sup>.

Así entonces, la retribución consiste en que quien ha quebrantado el orden jurídico ha de sufrir una pena y ello tiene valor por sí mismo<sup>339</sup>, esto debido a que, respondiendo a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y

---

<sup>335</sup> Herbert L. Packer, *"The Limits of the Criminal Sanction"*, Stanford University Press, Stanford, 1968, p. 38.

<sup>336</sup> Hay quienes sostienen que, como Feuerbach en sus comienzos, basándose en el sentido de un supuesto de consentimiento efectivo del delincuente real en su pena, a quien, con conocimiento de la ley penal, comete un delito, consciente de lo condicionado, puede serle, por tanto, impuesta la pena con el mismo derecho con que se puede exigir el cumplimiento de un contrato. Para más información véase a Gustav Radbruch, *"Filosofía del Derecho"*, Traducido por: J. Medina Echavarría, Madrid, Reus, 1952, p. 284.

<sup>337</sup> Wilfried Bottke, *óp. cit.*, p. 53.

<sup>338</sup> Luís Greco, *óp. cit.*, p. 366.

<sup>339</sup> Como a la mercancía el precio, al trabajo el salario y a los daños la indemnización, correspondería también el delito a la pena. Para más información véase a Gustav Radbruch, *"Filosofía..."*, p. 286.

el culpable debe encontrar en él su merecido, la pena se centra en la realización de la Justicia impidiendo que la injusticia “triunfe”<sup>340</sup>. De tal forma, apoyados en el pensamiento kantiano de la realización de la justicia en la tierra mediante el cumplimiento de las penas<sup>341</sup> -dado que la ley penal es un imperativo categórico- y en el pensamiento hegeliano de la restauración del orden jurídico quebrantado mediante una supresión ideal -dado que responde al concepto de lesión de la lesión<sup>342</sup>-, justifican que debe imponerse la pena siempre que así lo exija la justicia<sup>343</sup>.

Con esto, le restan importancia al que la pena sea útil o inútil para asegurar la paz social, entendiendo que la pena no puede servir a la protección de la sociedad en cuanto a que conllevaría una inadmisibile instrumentalización del individuo -la pena se concibe como reacción que mira al pasado y no como instrumento de fines utilitarios posteriores<sup>344</sup>- y, a su vez, justifica el que la pena sea violenta, puesto que se trata de reparar el Derecho con la violencia contraria que restablezca el orden violado<sup>345</sup>.

Ahora bien, de esta definición se desprenden, justamente, dos elementos: i) el ámbito moral de la retribución, que se fundamenta en el principio de culpabilidad que, en su sentido clásico y tradicional, presupone la libertad de la voluntad o libre albedrío (como el hombre es “libre”, se afirma que, al hacer mal uso de su libertad, se hace culpable y acreedor, en justicia, del mal de la pena<sup>346</sup>); y ii) el ámbito jurídico de la

---

<sup>340</sup> Santiago Mir Puig, *“El Derecho Penal...”*, p. 116.

<sup>341</sup> Kant, como se suele citar, dice que, aun en el caso de que la sociedad civil se disolviera por acuerdo de todos sus miembros (por ejemplo, que el pueblo habitante de una isla decidiese separarse y desparramarse por todo el mundo), tendría que colgarse al último asesino que se hallare en presidio, para que todo el mundo aprendiera lo que sus hechos merecieron, y no recayera sobre el pueblo la mancha de sangre. Para más información véase a Gustav Radbruch, *“Filosofía...”*, p. 285.

<sup>342</sup> Carlos Pérez del Valle, *“Estudios...”*, p. 25.

<sup>343</sup> La pena sería, entonces, un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho, lo que implica una definición íntimamente ligada a un Estado de Derecho no intervencionista que se dedica a garantizar el contrato social, evitar la lucha de todos contra todos y resguardar el orden social. Para más información véase a Juan Bustos Ramírez, *“Introducción”*, p. 73.

<sup>344</sup> Nieves Sanz Mulas, *“Alternativas...”*, p. 41.

<sup>345</sup> Luigi Ferrajoli, *“Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal”*, Madrid, Trotta, 2000, p. 254.

<sup>346</sup> Cuanto mayor es la culpabilidad, más grave ha de ser la pena. Sin embargo, la dimensión de la culpabilidad se determina conforme al carácter de la acción que atenta, de forma profunda o

retribución, en el que se denota que el delito es la negación del Derecho y la pena es la negación del delito, lo que lleva a que la pena sea porque debe ser, es decir, porque debe imperar el Derecho<sup>347</sup>.

En resumen, se pretende compensar la culpabilidad del autor con la imposición de un mal, por lo que justifican la pena exclusivamente en el delito cometido y, como se dijo al inicio, se rechaza toda búsqueda de fines fuera de la propia pena, ya que ésta se alza como un fin en sí misma y como exigencia derivada del valor de Justicia.

No obstante, la retribución, como se manifestó, trae consigo un aspecto positivo y es la noción de proporcionalidad de acuerdo a la culpabilidad del autor a la hora de imponer una pena<sup>348</sup>. El problema con esto, aunque por el momento no se ahondará en detalle, es que, para poder sostener la vigencia del concepto de culpabilidad, debe concebirse una relación entre la culpabilidad como categoría dogmática y la fundamentación retribucionista de la pena, lo cual, debido a que la idea de retribución de culpabilidad mediante una pena -que lleve en sí un propio fin además del restablecimiento de la justicia-, no es de la incumbencia del Estado en una

---

superficial, contra la estabilidad del orden jurídico y conforme a la intensidad de la decisión relativa al delito que comporta la acción al ponerse de manifiesto. Para más información véase a Franz von Liszt, *"La idea..."*, p. 75.

<sup>347</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, *óp. cit.*, p. 12.

<sup>348</sup> Se parte de la base que, en la literatura moderna, la idea fundamental característica de la pena retributiva suele ser la idea de la justicia proporcional. Para más información, véase a Franz von Liszt, *"La idea..."*, p. 74.

democracia pluralista y neutral en el plano ideológico<sup>349</sup>, por lo que queda al margen de las funciones admisibles del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>350</sup>.

Por otro lado, además de no tener una finalidad que fundamente la imposición de la pena, aun en el marco de la retribución, no aparece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena solo consista en un mal. Otra cosa es que lleve como efecto necesario un mal. Tal unilateralidad evidentemente está marcada por la idea del talión o la venganza<sup>351</sup>, que no resulta adecuada para la concepción de un Estado de Derecho<sup>352</sup>.

Así entonces, por más que se defienda la pena racional y proporcionada en base a la idea de justicia, en alguna medida colabora en el acotamiento de la intervención punitiva del Estado y esto significa que no limita el *ius puniendi* estatal. Lo cual, como se ha visto, está resurgiendo de sus cenizas de forma apreciable en los últimos años, alimentándose, sobre todo, de la crisis de un Estado de bienestar que parece haber llegado a los límites de su democratización, expresando ahora un creciente

---

<sup>349</sup> Se les critica que no aclaran los presupuestos de la punibilidad puesto que no se explica cuándo se tiene que penar, sino que tan sólo dice que, si se impone una pena, con ella se tendrá que retribuir un delito y, como si esto fuera poco, no están comprobados sus fundamentos, en cuanto a que es indemostrable la existencia del libre albedrío como presupuesto de la culpabilidad humana, por lo que exigir un acto de fe irracional no es vinculante en el sentido en que no se comprende cómo se puede borrar un mal añadiendo un segundo mal. Es decir que, en otras palabras, si se pretende compensarla con la oportuna culpabilidad nos enfrentamos a que el libre albedrío es discutible por la imposibilidad de demostración. Por lo que se confunde la ética con el Derecho en cuanto a que borrar un mal con otro mal sólo se puede hacer mediante un acto de fe. Para más información véase a Nieves Sanz Mulas, *"Alternativas..."*, p. 43; y a José Miguel Zugaldía Espinar, *óp. cit.*, p. 14.

<sup>350</sup> Bernd Schünemann, La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, En: Bernd Schünemann, *"El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales"*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 151.

<sup>351</sup> Las teorías retribucionistas adolecen de una falla notable: la de considerar la pena como moderna especie de venganza estatal, esto en cuanto a que supone que el delito es infracción de contenido ético, desconociendo así los linderos entre lo moral y lo jurídico; pero, aún dentro de tal esfera, no parece válido sostener que el mal se retribuye con el mal; por el contrario, resulta de mayor contenido humano la afirmación de que el mal se destruye con el bien. Para más información véase a Alfonso Reyes Echandía, *"Derecho Penal: Parte General"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 322.

<sup>352</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Introducción"*, p. 74.

autoritarismo<sup>353</sup>, cuando lo cierto es que, como se verá cuando hablemos de culpabilidad y prevención, en casos particulares, la pena propiamente impuesta y también “merecida” puede no necesitarse por consideraciones preventivas<sup>354</sup>.

Conforme a lo anterior, si aterrizamos la discusión acerca de la retribución al objeto de estudio, es decir, al castigo dado a la delincuencia por convicción, notamos que, en una sociedad pluralista, donde concurren distintos sistemas de convicciones morales, lo que para unos es justo para otros no lo es y, por esto, cada individuo tiene sus puntos de vista acerca de la justicia. Por consiguiente, si se decía que la imposición de una pena retributiva es altamente autoritaria, esto se magnifica cuando se tiene un individuo que actuó, justamente, a favor de unas normas morales superiores para sí mismo pues se impediría la coexistencia democrática de todos los grupos sociales y se impondrían coactivamente exigencias meramente éticas, como la de justicia, y limitarse a evitar la lesión de los bienes sociales<sup>355</sup>.

Con esto, aunque se ha dicho de manera repetida, reiteramos la inaplicabilidad de la retribución como fin de la pena para la población delincencional general y para los tipos criminológicos aislados y damos paso al segundo grupo de teorías que fundamentan la pena.

### **3.2 Teorías relativas o utilitaristas**

Se ha dicho con suficiencia que, para bien o para mal, la teoría de la pena aplicable deriva directamente de la teoría del Derecho Penal que se tenga y ésta, a su vez, depende de lo que se tenga por objeto la función del Derecho Penal en los fines del Estado. Por lo tanto, si mantenemos –o al menos queremos mantener– la esencia del Estado Social y Democrático de Derecho y su influencia en Derecho Sancionador, por más que se diga que tal Estado, welfarista y de bienestar, falló y cayó, la pena

---

<sup>353</sup> Nicolás García Rivas, *“El poder punitivo en el Estado democrático”*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 42.

<sup>354</sup> Winfried Hassemer, *Prevención en el Derecho Penal*, Traducido por: J. Bustos Ramírez, En: *“Poder y Control: Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social”*, n. 0-1986, Barcelona, PPU, 1986, p. 99.

<sup>355</sup> Santiago Mir Puig, *“El Derecho Penal...”*, p. 117.



debería estar enfocada en la evitación de hechos punibles para que no sea autoritaria<sup>356</sup>.

De hecho, teniendo en cuenta lo anterior, si se conecta la atribución de responsabilidad con la función de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos se puede huir, justamente, de cualquier planteamiento retribucionista de la pena, en cuanto a que la pena no será la persecución de la justicia en abstracto sino la protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos y, sobretudo, del respeto por los principios y garantías constitucionales que fundamentan el orden político y la paz social<sup>357</sup>.

Con esto en mente, llegamos al grupo de teorías que legitiman la pena con base en la obtención de un determinado fin o en la tendencia a alcanzarlo, en cuanto a que están dirigidas “relativamente” a un efecto penal que describen empíricamente: la estabilización de la confianza en la norma y de la vigencia de las normas en la sociedad, la reducción de los infractores potenciales y la corrección de los delincuentes<sup>358</sup>.

Así entonces, el Derecho Penal preventivo, a diferencia del Derecho Penal tradicional que está configurado sobre la retribución de injusto y culpabilidad, puede ser caracterizado sobre la base de la fórmula de Derecho Penal orientado hacia las consecuencias, dado que sus partidarios consideran y justifican la pena como un medio para futuros delitos<sup>359</sup>.

Esto significa que la pena se orienta hacia el futuro y su fin es prevenir aquellas conductas que alteren la convivencia social, para, de este modo, contribuir al mantenimiento de la paz en la comunidad, que, a diferencia del carácter absoluto de

---

<sup>356</sup> Winfried Hassemer, *Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*, traducido por: M. T. Castiñeira, En: Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal y Ciencias Sociales”*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 117.

<sup>357</sup> Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 301.

<sup>358</sup> Winfried Hassemer, *“Fines de la pena...”*, p. 121.

<sup>359</sup> Nieves Sanz Mulas, *“Alternativas...”*, p. 49.

la justicia, es algo determinado históricamente y, por tanto, relativo; de ahí su calificación como tales<sup>360</sup>.

Por esto, la búsqueda de la pena útil y tendiente al logro del fin relativo, cambiante y circunstancial de prevenir el delito, se divide en dos perspectivas: i) la prevención especial o individual, que se enfoca en que, con la imposición de una pena, específica e individualizadamente sobre la persona que ya ha delinquido, se evite que lo haga nuevamente en el futuro<sup>361</sup>, es decir, que ese autor no vuelva a delinquir –de ahí nace la idea de la corrección del delincuente capaz de corregirse tan famosa en la posguerra- y la inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección<sup>362</sup>; y ii) la prevención general, que encuentra utilidad en la intimidación de la comunidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de las personas mediante la conminación de la realización de conductas consideradas delictivas - coacción a la generalidad de los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos<sup>363</sup>- y la incidencia de la pena en la conciencia jurídica mediante la activación de los mecanismos de autocontrol valorativos en búsqueda de la estabilidad en la confianza de la comunidad en el Derecho<sup>364</sup>.

---

<sup>360</sup> Prevención, en el Derecho Penal, no es idéntico a orientación hacia las consecuencias del Derecho Penal en su versión clásica, sino sólo en su parte esencial. Prevención es un concepto de consecuencias necesitado de características posteriores que lo enriquezcan, es un subconjunto. Así entonces, el Derecho Penal preventivo clásico no se refiere a cualquier consecuencia, sino sólo a aquellas consecuencias que se basan en la conminación e imposición penal formalizadas y configuradas en forma justa, en la ejecución penal y actúan sobre la disposición criminal de las personas. Para más información véase a Winfried Hassemer, *“Prevención...”*, p. 103.

<sup>361</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, óp. cit., p. 16.

<sup>362</sup> Carlos Pérez del Valle, *“Estudios...”*, p. 27.

<sup>363</sup> Aunque se verá con posterioridad, vale la pena hacerse a la idea de que a esta teoría se le critica porque lleva a una elevación indefinida de las penas aun cuando en los últimos tiempos se habla de prevención general positiva como “afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales”, por lo que entonces la tarea del Derecho Penal es el mantenimiento de la norma como modelo integrador social y el contenido de la pena sería el rechazo a la desautorización de la norma llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, *“Estudios...”*, p. 29.

<sup>364</sup> Mercedes Pérez Manzano, *“Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena”*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 21.

Ahora bien, antes de entrar a analizar cada una de estas categorías como corresponde, vale la pena aclarar que, como toda arma peligrosa, la pena preventiva ha de someterse a un control riguroso, puesto que, en un Estado Democrático, debe evitarse que se convierta un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo, lo cual es, con respecto a la delincuencia por convicción, la causa principal del problema con respecto a su castigo, pues ejercicio del *ius puniendi* en un Estado Democrático no puede derrumbar las garantías propias del Estado de Derecho que giran alrededor del principio de legalidad y, por el contrario, debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, con lo que debe atarse, también, a la exclusiva protección de bienes jurídicos, a la proporcionalidad y a la culpabilidad<sup>365</sup>.

Adicional a esto, dado que estamos analizando los fines de la pena para entender las dudas que existen en la actualidad y, más específicamente, las dudas que hay frente al tratamiento jurídico-penal que debe dársele a los delincuentes por convicción, debe mencionarse, también, que, dado que las teorías relativas pretenden legitimarse desde la utilidad, cumpliendo consecuencias externas beneficiosas para la sociedad, éstas fundamentan la aplicación de la pena en la racionalidad puramente psicológica del hombre - o bien en la diferenciación substancial biológica, antropológica o social de los hombres o en su racionalidad económica- y en la racionalidad del Estado, aun cuando el Estado no se puede definir como un ente absolutamente racional ni los hombres pueden quedar reducidos a una racionalidad sociológica o económica, por lo que, entonces, se trata de una mera defensa del Estado para lo cual se convierte en un planteamiento ideologizante y simbólico<sup>366</sup>.

Finalmente, habiendo expuesto los puntos de partida del debate, es momento de analizar cada una de las teorías de manera individual.

### **3.2.1 Prevención general negativa**

---

<sup>365</sup> Santiago Mir Puig, “El Derecho Penal...”, p. 37.

<sup>366</sup> Juan Bustos Ramírez, “Aspectos filosófico-jurídicos...”, p. 23.

Teniendo en cuenta que, para la evitación general de delitos no basta con los medios extrapenales<sup>367</sup>, el primero que realizó un aporte significativo a la búsqueda de una conexión entre una teoría liberal y de Estado de Derecho de la pena, olvidando la idea de justicia como retribución para acoplar las ideas al modelo de Estado, fue Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, cuando se planteó que es preciso recurrir, en última instancia, a la amenaza de un mal real que supone la conminación y, en su caso, imposición y ejecución de la pena. Lo cual llegó a ser un medio de unir el Derecho Penal a la ley y a la situación de hecho y de garantizar la proporcionalidad entre delitos y penas<sup>368</sup>.

Esto debido Feuerbach veía en la pena la amenaza de un mal destinada a intimidar a los posibles delincuentes que pudieran surgir de la colectividad y así disuadirlos de la comisión de un delito, así que vinculó a la ley la función de intimidación de la pena mediante su famosa “teoría de la coacción psicológica”<sup>369</sup>, que estipula que, a través de la convivencia y de los procesos de socialización, el hombre aprende las consecuencias que puede acarrearle el incumplimiento de su pacto, esperando con ello, naturalmente, que se abstenga de cometer el acto prohibido, que, probablemente, sin esta advertencia, cometería<sup>370</sup>.

Así entonces, para Feuerbach, el Derecho Penal soluciona el problema de la criminalidad, en tanto que, a través de la conminación penal, anuncia frente a qué tipo de acción injusta piensa reaccionar y, a través de la ejecución de la pena impuesta, en el caso de que ello sea necesario, dice con claridad que está dispuesto a cumplir dicha conminación, llevando a que el hombre racional y calculador se encuentre bajo una coacción psíquica que le hace pensar que no merece la pena cometer el delito que se castiga. Es por esto que la intimidación no debe ser entendida en sentido psicológico, referida a motivos como temor, sino con relación a la categoría teórico-racionalista de las razones para actuar, pues intimidación

---

<sup>367</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, Prevención general y psicoanálisis, En: Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal y Ciencias Sociales”*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 142.

<sup>368</sup> Enrique Agudo Fernández, Manuel Jaén Vallejo & Ángel Luis Perrino Pérez, *“Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito”*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, p. 24.

<sup>369</sup> Santiago Mir Puig, *“Función fundamentadora...”*, p. 50.

<sup>370</sup> Winfried Hassemer & Francisco Muñoz Conde, *“Introducción a la criminología”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 303.

significa dar a conocer razones referidas a la prudencia y no a la moral para no cometer hechos punibles<sup>371</sup>.

Con este enfoque, en el que Feuerbach estipuló que la pena no estuviera dirigida a los posibles delincuentes sino a todos los ciudadanos, el fin fundamental de la imposición de la pena pasó a ser la confirmación de la realidad de la conminación a partir de la premisa complementaria de un entendimiento escrito del principio de legalidad y no de consideraciones consecuencialistas de eficiencia que, en realidad, sólo permiten sostener la no-imposición de la pena conminada<sup>372</sup>.

Con todo, ideó una teoría preventivo-general de la pena<sup>373</sup> que no confunde el Derecho con la moral o la naturaleza, ya que disocia los medios penales, concebidos como males, de los fines extra-penales idóneos para justificarlos y la amenaza se contiene en la propia ley, asegurando el principio de estricta legalidad<sup>374</sup>.

Tal teoría, a la que se le pueden hacer diferentes críticas, tuvo su auge en 1930 con la expedición del Código Penal italiano<sup>375</sup>, en el que se establecía que el Estado no se presenta ya más como la suma aritmética de los individuos que le componen, sino como resultado, síntesis y compendio de los individuos, grupos y clases, y que se

---

<sup>371</sup> Una intimidación así definida se puede postular como fin de la conminación penal si se parte de la premisa empírica fundada en la teoría cotidiana de que los hombres pueden ser motivados por medio de razones. Para más información véase a Luís Greco, *óp. cit.*, p. 339.

<sup>372</sup> Con esto, la determinación del alcance de lo punible resulta en una tarea personal del legislador, que no debe conminar con más penas que las que es capaz de imponer y está dispuesto a imponer, esperando producir un efecto preventivo concreto en el sentido de que sean cometidos menos hechos punibles. Para más información véase a Luís Greco, *óp. cit.*, p. 339.

<sup>373</sup> A la forma de prevención que se hace a través de la amenaza abstracta del castigo en las normas penales que tipifican los hechos delictivos, se le llama prevención general. El viejo principio conforme al cual una persona razonable castiga el hecho injusto cometido para evitar hechos similares en el futuro, comprende también, por tanto, una teoría preventivo-general de la pena. Para más información véase a Winfried Hassemer & Francisco Muñoz Conde, *"Criminología..."*, p. 301.

<sup>374</sup> Luigi Ferrajoli, *"Derecho y razón..."*, p. 330.

<sup>375</sup> Eladio José Mateo Ayala, *"La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho Penal comparado"*, Madrid, Editorial Dykinson, 2007, p. 61.

extienden a todas las generaciones pasadas, presentes y futuras usando la intimidación para defender al Estado mismo y no para defensa de la sociedad<sup>376</sup>.

Este uso –o mal uso- evidenció la necesidad de reevaluar la teoría de la intimidación, con lo cual salieron a la luz diferentes críticas. Las cuáles serán enumeradas a continuación:

- i) Hablar de valoración de la racionalidad del hombre, que se integra principalmente para que no se considere al hombre como un animal que responde solo a presiones negativas, es una ficción al igual que el libre albedrío<sup>377</sup>. Además, el temor al castigo no es siempre eficaz motivación de la conducta humana puesto que hay –y siempre habrá- reiteración delictiva de quienes ya sufrieron pena<sup>378</sup>.
- ii) El delincuente, cuando es castigado, se convierte en puro objeto de demostración en un medio para inducir a otros al buen comportamiento<sup>379</sup>, siendo que el individuo no debe ser utilizado como medio para realizar las intenciones de otro ni quedar incluido dentro del derecho de las cosas<sup>380</sup>.
- iii) Carece de legitimación axiológica y es incapaz de otorgar límites a la intervención penal al no poder fundamentarse normativa ni empíricamente<sup>381</sup>. Esto debido a que las condiciones de realización del fin de intimidación de la pena son tan numerosas y complejas -y su realización tan improbable- que este fin sólo se puede alcanzar excepcionalmente y no es controlable<sup>382</sup>. Por lo que realmente expresa una

---

<sup>376</sup> Gustav Radbruch, *"Filosofía..."*, p. 291.

<sup>377</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Introducción"*, p. 76.

<sup>378</sup> Alfonso Reyes Echandía, *"Parte General..."*, p. 323.

<sup>379</sup> Winfried Hassemer & Francisco Muñoz Conde, *"Criminología..."*, p. 305.

<sup>380</sup> Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 285.

<sup>381</sup> Winfried Hassemer, *"Fines de la pena..."*, p. 131.

<sup>382</sup> Se puede decir que es una doctrina con tendencias hacia un Derecho penal máximo y sin limitaciones. Para más información véase a Luigi Ferrajoli, *"Derecho y razón..."*, p. 273.

visión idealista del destinatario de las normas y de la forma de operar de éstas, pero no responde a cómo suceden las cosas en realidad<sup>383</sup>.

- iv) Los instrumentos propios del Derecho Penal no deben emplearse con un fin intimidatorio, sino para asegurar las normas e influir así en otros procesos de control social menos públicos y enérgicos y esto sólo puede ocurrir cuando los fines que persigue el Derecho Penal coinciden con los que persiguen y defienden otros sistemas de control social, es decir, cuando hay coincidencia en los valores fundamentales que defienden los distintos sistemas de control social, formales e informales<sup>384</sup>.

Con respecto a la primera crítica acerca de la reiteración criminal como falla de la intimidación, consideramos que, como dice Scünemann, no puede tenerse como argumento válido dado que sólo son visibles los casos en los que la intimidación fracasa mas no en los que es efectiva y, además, cuando se habla de reincidencia, no se está hablando en términos preventivo-generales sino preventivo-especiales. Esto debido a que, por ejemplo, cuando se amenaza con un palo a un perro para adiestrarlo, entendiendo al perro como un destinatario con libertad aunque sin comprensión en un primer estadio, dicha amenaza acarrea como consecuencia necesaria infligir el mal amenazado en caso de su desobediencia. Sin embargo, luego de que éste ha desobedecido, cuando se amenaza con el palo tiene en realidad un fundamento puramente preventivo especial puesto que se administra el amenazado golpe con el palo no a causa de la falta ya acaecida sino en atención a una eventual amenaza futura y, así, el desagradable y doloroso recuerdo del palo provoca el reflejo de obediencia<sup>385</sup>.

Frente a la segunda crítica, Muñoz Conde defiende la intimidación diciendo que la pena que no intimida no sirve por lo que tan insoportable sería una prevención intimidatoria terrorista, dispuesta a acabar con la criminalidad a cualquier precio, como una falta total de efecto intimidante de las normas penales, de tal manera que,

---

<sup>383</sup> Jesús María Silva Sánchez, *"Aproximación al Derecho Penal contemporáneo"*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 216.

<sup>384</sup> Winfried Hassemer & Francisco Muñoz Conde, *"Criminología..."*, p. 327.

<sup>385</sup> Bernd Schünemann, *"Sobre la crítica..."*, p. 97.

aunque genere disgusto, es absolutamente necesaria<sup>386</sup>. Por otro lado, Gimbernat Ordeig establece que el hecho de que la prevención general intimidatoria tienda al terror penal ocurre solamente en los casos en que es tan mal concebida como manejada, resultando, por ello, incluso contraproducente<sup>387</sup>.

Seguido a esto, a la luz de la tercera crítica, si se parte de la base que el aspecto primario de la prevención general es la intimidación general y ese mecanismo es no sólo susceptible de una fundamentación totalmente racional, sino capaz de limitar la pena en una medida no ya igual, sino muy superior a lo que se atribuye a las ideas de retribución, principio de culpabilidad y similares, hay unas limitaciones que se derivan claramente de vincular la finalidad preventivo-general a las exigencias de eficacia o idoneidad, de donde se deriva a su vez la exigencia de proporcionalidad de la pena con el hecho y de necesidad de la pena, que obliga a examinar en concreto y en todas las fases de la actuación penal, tanto en la de conminación como en las de imposición, medición y ejecución, si una determinada pena, o su cuantía o su clase es o no realmente imprescindible para que no sufra merma la eficacia intimidatoria e inhibitoria de la prevención general<sup>388</sup>.

Entendido lo anterior, la gravedad de las penas tendentes a evitar delitos no puede llegar hasta el máximo de lo que aconsejaría la pura intimidación de los eventuales delincuentes, sino que debe respetar el límite de una cierta proporcionalidad con la gravedad social del hecho, con lo cual volvemos a que, el único aspecto positivo de la retribución, la exigencia de proporcionalidad, se mantiene en pie aun prescindiendo de la retribución y todos sus inconvenientes, solo que esta forma de fundamentar la proporcionalidad ofrece la ventaja de revitalizar y racionalizar su necesidad, de modo que será posible, llegado el caso, prescindir de la proporcionalidad si excepcionalmente lo permiten todos los aspectos de la prevención y de la favorabilidad para aceptarse la renuncia a la pena, su sustitución o su rebaja considerable cuando sea posible o necesario<sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup> Francisco Muñoz Conde, *“Introducción al Derecho Penal”*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 123.

<sup>387</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, *“Estudios de Derecho Penal”*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 150.

<sup>388</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *“Prevención general...”*, p. 145.

<sup>389</sup> Santiago Mir Puig, *“El Derecho Penal...”*, p. 121.



Por consiguiente, sí hay delimitación en la prevención general cuando ésta se basa en la capacidad individual de evitar del autor, puesto que entre el fin de la pena de la prevención general por la conminación y la legitimación a través del principio de culpabilidad existe plena congruencia.

Finalmente, teniendo en cuenta la cuarta crítica, debemos partir de que la fuerza de convicción de un Derecho Penal democrático se basa en el hecho de que este sólo usa de la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías<sup>390</sup>.

Con todo, la prevención general intimidatoria llega a ser, aunque se le vea como algo cruel y despiadado, una idea progresiva que permite, cuando se hace un uso adecuado de la misma, limitar al máximo la intervención punitiva del Estado de manera racional, ya que obliga a intentar verificar empíricamente -con ayuda de procedimientos de las ciencias sociales- dónde comienza el límite entre la disminución, renuncia o sustitución de la pena y la merma a la eficacia de la prevención general<sup>391</sup>.

Radbruch no desarrolló particularmente la controversia en torno al teorema de la intimidación porque partía de la dificultad de concebirla ya que resulta atemorizante para muchos, por lo que se centró más que todo en las políticas correccionalistas y las nociones educativas de la pena para plantear una teoría jurídico penal de prevención general que considere los efectos recíprocos entre el Derecho Penal y otras instancias de control<sup>392</sup> como único concepto válido en una ciencia del Derecho Penal racional<sup>393</sup>. Sin embargo, que el delincuente por convicción no cumpla la prohibición porque ya internamente no la respeta, no comparte su fundamento ni la valoración negativa en la que se basa, sino que está convencido de lo contrario, de que es correcto actuar así y cometer un delito -o delitos incluso graves- para conseguir los fines pretendidos por una determinada ideología opuesta y enfrentada

---

<sup>390</sup> Ibídem, *"El Derecho Penal..."*, p. 38.

<sup>391</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *"Prevención general..."*, p. 146.

<sup>392</sup> Winfried Hassemer, *"Prevención..."*, p. 105.

<sup>393</sup> Santiago Mir Puig, *Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva*, En: *"Poder y control"*, 0-1987, 1987, p. 50.

con las normas jurídicas vigentes, no significa que éste no sea intimidable pues, en realidad, es alguien que conoce la prohibición de la norma y su consiguiente antijuridicidad, incluso penal, de la conducta, pero consciente y voluntariamente, de tal manera que hay posibilidad de conocimiento y comprensión de la misma como motivabilidad o determinabilidad por la amenaza de la norma penal<sup>394</sup>.

Por lo tanto, aunque con la exposición de las otras teorías se irá complementando esta aproximación, las objeciones normativas y empíricas que se dirigen directamente contra la teoría de la intimidación no afectan materialmente la formulación aquí presentada puesto que se pueden allanar a través de precisiones conceptuales<sup>395</sup>. No obstante lo anterior, ésta no es la opinión mayoritaria y, por esto, se dará paso al enfoque positivo de la prevención general y se expondrá su contenido y su alcance.

### **3.2.2 Prevención general positiva**

Si recordamos lo que se expuso al inicio del capítulo, es decir, los postulados de Radbruch, tenemos que, para él, ningún fin de la pena era adecuado para los delincuentes por convicción y, por esto, sugería darles un tratamiento jurídico-penal diferenciado, a tal punto que, ante el delito, se les debía arrestar sin que esto fuera deshonroso. Ahora bien, las razones por las cuales consideraba que los fines de la pena les son inaplicables eran variadas, sin embargo, dado que es momento de hablar acerca de la prevención general positiva, es prudente poner de presente que él creía que, dado que la pena retributiva (*Vergeltung*) consiste en despertar la conciencia de la culpa en el delincuente, la pena educativa sería, de la misma manera, retributiva puesto que no es educación en los marcos de la retribución, sino retribución como medio educativo<sup>396</sup>.

Esto debido a que la teoría de la prevención general positiva surge como una teoría moderna de la pena con una orientación científico-social, donde se acepta la eficacia como criterio para fundamentar y justificar la pena y está progresivamente

---

<sup>394</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 855.

<sup>395</sup> Luís Greco, óp. cit., p. 339.

<sup>396</sup> Gustav Radbruch, *"La idea educativa..."*, p. 63.

dispuesta a considerar el efecto de la pena como un efecto social sobre el delincuente particular por la esencia del mismo contexto científico-social<sup>397</sup>.

Así entonces, esta teoría no es inmutable pero, con el paso de los años, se le ha buscado corregir lo cual ha derivado en dos formas de entenderla fundamentalmente adversas: i) la prevención general positiva fundamentadora; y ii) la prevención general positiva integradora o limitadora.

La concepción fundamentadora trabaja, básicamente, sobre la conciencia ético-valorativa de la colectividad, es decir, sobre un fuero interno<sup>398</sup>. Por lo tanto, nace de una doctrina más de la pena impuesta que de la conminación penal abstracta, ya que, si al establecimiento de las conminaciones penales no le sigue la imposición de penas ante las infracciones cometidas, se perderá la confianza en el ordenamiento y, con ello, no se estabilizará la norma<sup>399</sup>, por lo que no se conseguirá la protección de las condiciones de interacción social, las expectativas y orientaciones estables de las cuales no cabe prescindir en la vida social<sup>400</sup>.

Por consiguiente, en esta teoría, también llamada del prevalecimiento del Derecho (*Rechtsbewährung*), que se le atribuye principalmente a Günther Jakobs y a su pensamiento estructural normativista –o funcionalista radical- de la sociología jurídica alemana moderna, que entiende que la pena se fundamenta en su necesidad para recordar constantemente la vigencia de las normas penales, así como para consolidar los valores que hay tras ellas<sup>401</sup>, con lo que se vacía al delito de contenido intrínseco y se define como función de la norma<sup>402</sup>.

Lo anterior significa que, dado que las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contrato social, de tal forma que, cuando se produce una infracción de la norma, conviene dejar claro que ésta sigue en pie y mantiene su

---

<sup>397</sup> Winfried Hassemer, “*Fines de la pena...*”, p. 132.

<sup>398</sup> Nieves Sanz Mulas, “*Alternativas...*”, p. 63.

<sup>399</sup> Jesús María Silva Sánchez, “*Aproximación...*”, p. 232.

<sup>400</sup> Günther Jakobs, *óp. cit.*, p. 12.

<sup>401</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, *óp. cit.*, p. 22.

<sup>402</sup> Mir Puig, “*Función fundamentadora...*”, p. 53.

vigencia pese a la infracción, la pena no trata de impresionar al penado ni a terceros para que se abstengan de delinquir, sino que trata de ejercitar en la confianza de la norma para que todos sepan cuáles son sus expectativas, de ejercitar en la fidelidad al derecho y de ejercitar en la aceptación de las consecuencias en caso de infracción<sup>403</sup>.

Adicional a esto, la teoría de la pena defendida por Jakobs parte de que el merecimiento individual de preferencia de la norma no es susceptible de prueba en una sociedad plural y, por consiguiente, el juicio de culpabilidad no exige que el autor haya desatendido buenas razones para comportarse de acuerdo con aquella norma que podría representarse, sino que basta con que el autor reivindique el rol de un ciudadano al que se le ha concedido la libertad de administrar su propia mente y de organizar su vida, dado que la libertad se reduce al compromiso de ser fiel al derecho<sup>404</sup>. Esto también significa la eliminación de la culpabilidad como categoría dogmática y será analizado en el capítulo tercero.

Con todo, es una teoría que va enlazada con una tradición que confiere al Derecho Penal la misión de conformación de valores morales en la colectividad, en cuanto a que el Derecho Penal no ha de limitarse a evitar determinadas conductas dañosas o peligrosas, sino que ha de perseguir, ante todo, algo más ambicioso y de mayor alcance: influir en la conciencia ético-social del ciudadano, es decir, en su actitud interna frente al Derecho<sup>405</sup>.

El problema con esto es que es una falsa alternativa puesto que no es propiamente una teoría instrumental de la pena, dado que no legitima a la pena porque ésta cumpla un fin útil de “prevención” o “evitación” del delito, sino porque cumple el

---

<sup>403</sup> Günther Jakobs, *“Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”*, Traducido por: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 11.

<sup>404</sup> Urs Kindhäuser, *“Retribución...”*, p. 149.

<sup>405</sup> El primero en plantearla así fue Welzel, sólo que él la diseñó para que se ajustara a la retribución justa, el problema es que, así como está planteado, es de carácter netamente preventivo porque tiene una informativa de lo que está prohibido, un mantenimiento de la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse y crea y fortalece una permanente actitud interna de fidelidad al Derecho. Para más información véase a Santiago Mir Puig, *“Función fundamentadora...”*, p. 52.

fin útil de asegurar el sistema social y la confianza institucional de los ciudadanos en el buen funcionamiento del mismo, sin mencionar que: i) conduce a una concepción del Derecho Penal en el que el centro de gravedad de la norma jurídico penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación o crítica; ii) renuncia a la protección de bienes jurídicos, lo que conduce a asignarle a la pena el fin prioritario de llevar la sensación de seguridad a los integrantes del grupo social<sup>406</sup>; iii) que una pena que mire únicamente a la auto afirmación ideológica del poder del Estado o del sistema social deviene en un puro retribucionismo que deja sin respuesta al problema fundamental del fin que se persigue mediante la ejecución de las penas<sup>407</sup>; y iv) no se limita a castigar conductas nocivas para la sociedad sino que persigue algo mucho más ambicioso como es influir en la actitud infiel al Derecho, estructurándose únicamente a partir de la concreta alarma social creada por la opinión pública en cada uno de ellos<sup>408</sup>, lo cual es peligroso para todos los delincuentes pero principalmente para los delincuentes por convicción y por motivos de conciencia.

Es por esto que, para limitar el alcance de la prevención general positiva<sup>409</sup>, hacerla más respetuosa de la individualidad frente al sistema social y más democrática, de

---

<sup>406</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, *óp. cit.*, p. 25.

<sup>407</sup> Dado que es una teoría que apela a la reafirmación de los valores éticos prescindiendo de cualquier atisbo de crítica hacia el sistema, está situada en la línea con la explicación retributiva de la pena. Para más información véase a Nicolás García Rivas, *óp. cit.*, p. 39; Adicional a esto, si la función del Derecho Penal debería ser sólo la confirmación de la confianza en las normas, lo que supondría únicamente una reacción destinada a poner de manifiesto que sigue en pie la vigencia de las expectativas normativas, no habría de bastar con una declaración inequívoca al respecto dado que, si se impone un mal para solamente evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida, se estaría expandiendo e intensificando la respuesta penal ante los problemas sociales y además se estaría dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto a las necesidades y valores de los individuos, haciéndola la teoría sistémica de la prevención general positiva más peligrosa, incluso más peligrosa que las teorías retributivas. Para más información véase a Alessandro Baratta, Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, En: *“Cuadernos de política criminal”*, n. 24, 1984, p. 538.

<sup>408</sup> Nieves Sanz Mulas, *“Alternativas...”*, p. 64.

<sup>409</sup> La limitación se debe dar porque la misión del derecho penal no debe ser incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, como pretendía Welzel. Tampoco puede la “actitud interna” imponerse bajo la amenaza de una pena. Ello vale no sólo para la actitud frente a las normas morales,

tal forma que se inscriba dentro de los límites y principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, nace la prevención general positiva limitadora o integradora, que se dirige a toda la comunidad propugnando la inhibición a realizar determinadas conductas a través de la internalización o de interiorización, del sentimiento jurídico de la comunidad<sup>410</sup>.

Para lograr tal finalidad, teniendo en cuenta que el Derecho Penal y la pena no se limitan a cumplir con funciones de evitación y lucha, sino que también tienen funciones de construcción y protección<sup>411</sup> y sólo la pena adecuada a la culpabilidad puede llegar a cumplir el fin preventivo general, se plantean diferentes estrategias, siendo éstas, por ejemplo, que: i) se use la culpabilidad como criterio limitador de la pena, en el sentido que se limite por la proporcionalidad derivada de la retribución por el hecho<sup>412</sup>; y/o ii) suponga un intento de resocialización del delincuente como ayuda que ha de prestársele en la medida de lo posible<sup>413</sup>.

---

sino también para la actitud interna frente al derecho: la imposición de una actitud interna de fidelidad al derecho supone la internalización de la aceptación ética del derecho. Si la prevención general positiva se entendiera como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión interna de los ciudadanos al derecho, sería rechazable. Así entendida, la prevención general positiva supondría el desbordamiento del límite representado por el fuero interno. Para más información véase a Santiago Mir Puig, *"Función fundamentadora..."*, p. 56.

<sup>410</sup> Santiago Mir Puig, *"Función fundamentadora..."*, p. 50.

<sup>411</sup> Winfried Hassemer, *óp. cit.*, p. 140

<sup>412</sup> Roxin entiende que la pena adecuada a la culpabilidad, punto de partida del sistema de medición de la pena, es la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general negativa. Incluso, en su afán de hacer uso del derecho penal lo menos posible, propone que, en el caso concreto, se imponga una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad –lo que entonces también sería inferior a la prevención general positiva o integradora– cuando la pena integradora pudiera resultar disocializadora y contraindicada preventivo-especialmente. Sin embargo, ello tiene un límite: que la pena no resulte insuficiente para la defensa del orden jurídico. Para más información véase a Claus Roxin, *"Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito"*, Traducido por: D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 109.

<sup>413</sup> Hassemer se queda con que, cuando la función de la pena es la prevención general positiva, la reacción estatal ante los hechos punibles, la cual al mismo tiempo protege la conciencia social de la norma, puede ser resocializadora dentro de unos límites y fundamentar también la retribución. Para más información véase a Winfried Hassemer, *Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*, traducido por: M. T. Castiñeira, En: Santiago Mir Puig, *"Derecho Penal y Ciencias Sociales"*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 137.

No obstante lo anterior, aun corregida, la pena preventiva general positiva integradora no es menos problemática que la retributiva puesto que ésta significa educación de adultos, es decir, educación coercitiva y educación punitiva, lo que, además de llevar a una atmósfera de desconfianza por una parte y de obstinación por otra<sup>414</sup>, no tiene lugar en el modelo de Estado dado que no se puede dar al destinatario de la coacción, por medio de conminación, razones referidas a la moralidad para comportarse conforme a Derecho ni pasar por alto el derecho a la autodeterminación moral de los ciudadanos<sup>415</sup>.

Adicional a esto, Luzón Peña, crítico asiduo de las formas de prevención general positiva y partidario de la teoría de la intimidación, manifiesta que:

*"[...] la tesis de la prevención general estabilizadora [integradora] también se cae cuando, desde el psicoanálisis, se ve que, si lo que la sociedad, o al menos un aparte de la misma, necesita para mantener o restablecer su equilibrio psíquico y la fidelidad de las conciencias al Derecho es el castigo como agresividad proyectada hacia los delincuentes y como satisfacción sustituta de los impulsos antisociales reprimidos y reavivados por la infracción de la norma, no es de extrañar que algo que reposa sobre bases tan cargadas de emotividad, apasionamiento, prejuicios y falta de comprensión hacia el delincuente sea no sólo regresivo frente a lo objetivamente necesario para la protección de bienes jurídicos y a las exigencias preventivo-especiales de tratamiento adecuado del sujeto, sino que sea una racionalización encubridora del funcionamiento de dichos mecanismos irracionales ocultos"*<sup>416</sup>.

Esto significa que: i) las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad para mantener su fidelidad al derecho, su seguridad y su confianza en el mismo, pueden ser muy superiores –y menos fundadas– que las requeridas por lo estrictamente

---

<sup>414</sup> Gustav Radbruch, "La idea educativa...", p. 68.

<sup>415</sup> En un estado respetuoso de la autonomía moral del individuo, la prevención general positiva sólo resulta adecuada si se entiende en un sentido restrictivo. De ser así, podría ser una forma tolerable de prevención y tal vez la mejor opción para un derecho penal democrático. Para más información véase a Santiago Mir Puig, "Función fundamentadora...", p. 55.

<sup>416</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, "Prevención general...", p. 153.

imprescindible para la prevención del delito<sup>417</sup>; y ii) dicha tendencia implica implementar un concepto que, si se le maneja de modo autónomo, no es sino una “racionalización” de algo subyacente e inconsciente como los impulsos humanos, la agresividad y las emociones de carácter plenamente irracional<sup>418</sup>.

Santiago Mir Puig responde a todas estas críticas diciendo que, entendiendo que el Estado debe restringir el Derecho Penal mediante una serie de límites -no sólo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad y proporcionalidad-, el concepto de prevención general positiva será oportuno si se elimina la idea de internalización del Derecho Penal por el hecho de que éste proceda de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues ello encerraría una grave contradicción con este modelo de Estado, que no ha de querer imponer por la fuerza una actitud interna de adhesión de sus ciudadanos<sup>419</sup>.

Sin embargo, no nos dice, entonces, cómo entenderlo y, por eso, ante la ausencia de una definición que se ajuste a todos los requisitos de ley y entendiendo que, siempre que se hable de prevención general –no importa la realidad en que ésta pretenda desarrollar sus efectos- se hace necesario hablar de límites a su inherente tendencia expansiva en la búsqueda desesperada de fines intimidatorios<sup>420</sup>, la prevención general positiva –sea la variante que sea- no puede fundamentar el Derecho Penal puesto que se basa en una premisa tomada ocultamente de la retribución debido a que, si la sanción de un delincuente no es conforme con el principio de justicia, aunque la colectividad, en virtud de sus arcaicas representaciones, mantenga que lo es, no podrá seguir siendo justo recurrir a las mismas como concepto al servicio de la prevención general positiva puesto que la justicia penal, conceptualmente ajena a

---

<sup>417</sup> El respeto a la autonomía moral del individuo se opone a utilizar la prevención general positiva como fundamentadora de la intervención jurídico-penal. La misión del Derecho Penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, el incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos. Si, como pretende Jakobs, la función del Derecho Penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción destinada a poner de manifiesto que sigue en pie la vigencia de las expectativas normativas, la estabilización podría darse por medios menos lesivos y funcionalmente equivalentes a la pena. Para más información véase a Santiago Mir Puig, “*El Derecho Penal...*”, p. 138.

<sup>418</sup> Luís Greco, *op. cit.*, p. 358.

<sup>419</sup> Santiago Mir Puig, “*Función fundamentadora...*”, p. 57.

<sup>420</sup> Nieves Sanz Mulas, “*Alternativas...*”, p. 71.



la influencia de prejuicios, fundamentaría la pena en unas concepciones sociales superadas<sup>421</sup>.

Ahora bien, esto no significa que tenga que descartarse en su totalidad pues puede entenderse como un efecto secundario y derivado de la intimidación general en tanto, desde una óptica político-criminal, es deseable que haya un punto en el que, con la conminación, se invite al establecimiento de parámetros de convivencia social en paz<sup>422</sup> como efecto concomitante bienvenido pero carente de significado teórico propio<sup>423</sup>.

Con esto finalizamos el ámbito positivo de la prevención general y nos hacemos una mejor idea, también, de qué elementos pueden complementar la ya analizada teoría de la intimidación para corregirla y adecuarla a los presupuesto del modelo de Estado de tal forma que sea aplicable para todo tipo de delitos y no sólo para la delincuencia por convicción. Es momento, entonces, de pasar a las teorías de la prevención especial.

### **3.2.3 Prevención especial negativa**

Binding, considerando que la amenaza abstracta que siempre supone la comisión de un nuevo delito ha fracasado y siempre fracasará, considera necesario justificar la pena con relación al sujeto que delinquirió, es decir, ya no debe estar enfocada a la generalidad sino que debe estar dirigida directamente contra el individuo y, para ello, parte de considerar que la seguridad social sólo se consigue yendo a la voluntad del delincuente como fuente productora del delito<sup>424</sup>.

Por esta razón, durante el siglo XIX, cuando hubo continuas disfuncionalidades, grandes crisis y levantamientos populares, se pone de manifiesto la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales, incluso en los de tipo criminal, ya que el hombre no puede concebirse como un ser bueno y libre por

---

<sup>421</sup> Bernd Schünemann, *"Sobre la crítica..."*, p. 91.

<sup>422</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *"Prevención general..."*, p. 147.

<sup>423</sup> Bernd Schünemann, *"Sobre la crítica..."*, p. 98.

<sup>424</sup> Nieves Sanz Mulas, *"Alternativas..."*, p. 72.

naturaleza sino que, por el contrario, está sujeto a determinaciones y el castigo no tiene sentido si no se trata de corregir, enmendar o rehabilitar -cuando sea posible- y de inocuizar<sup>425</sup>.

Así entonces, la teoría preventivo general negativa o de inocuización es aquella según la cual se justifica la pena por medio de la repercusión del mal corporal -a través de técnicas como la pena de muerte, la desaparición, el encierro, el aislamiento e, incluso, la intervención corporal o psicológica<sup>426</sup>- para impedirle al condenado, de manera efectiva, dado que nadie puede negar su efectividad en el logro de sus fines, cometer otros delitos<sup>427</sup>.

Ahora bien, aunado a que la objeción ética es contundente, la inocuización se cae como fin de la pena cuando se analiza a la luz del principio de legalidad y el concepto general preventivo de la pena, dado que la peligrosidad de un autor estaría necesariamente referida al individuo y al futuro, lo que implica que estaría ligada a cada autor de manera única y diferente y estaría ya conceptualmente referida al futuro<sup>428</sup>, impidiendo que la pena a imponer se consagre mediante el uso de la ley previa. Por consiguiente, de manera similar a como se hizo con la expiación en las teorías absolutas, la inocuización no se tendrá como fin de la pena -por lo que no se analizará-, no por lo inhumano que puede llegar a ser sino porque no se compadece en absoluto con el carácter de la pena como reacción frente al pasado y tampoco con el principio de legalidad, además de no representar siquiera una estrategia de prevención rentable<sup>429</sup>.

### **3.2.4 Prevención especial positiva**

Antes, cuando armábamos de a poco el contexto en el que se ha movido la pena y veíamos cómo se iba desvaneciendo la idea de un tratamiento jurídico penal diferenciado para los delincuentes por convicción, decíamos que uno de los puntos

---

<sup>425</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Introducción"*, p. 83.

<sup>426</sup> Nieves Sanz Mulas, *"Alternativas..."*, p. 74.

<sup>427</sup> Luís Greco, *óp. cit.*, p. 358.

<sup>428</sup> Luís Greco, *óp. cit.*, p. 360.

<sup>429</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *"Prevención general..."*, p. 147.

de alta incidencia en el debate punitivo fue el paso al Estado Social y Democrático de Derecho, en cuanto a que se advirtió que, en la realidad social, no todos somos iguales y el Estado está llamado a compensar, en cierto modo, las desigualdades sociales.

Así entonces, teniendo un Estado preocupado por los derechos humanos y la suerte de los individuos que lo componen, para lograr una sociedad mejor y eliminar sus disfuncionalidades, el Estado Social tuvo una intervención activa en el juego social proclamando la necesidad de lucha contra la delincuencia a través de la remoción de los factores criminógenos que inciden en cada clase de delincuente<sup>430</sup>. Es decir que, como recordamos, propuso políticas correccionalistas en el tratamiento penitenciario individualizado. Políticas que, aunque optimistas durante los años cincuenta y sesenta, fueron desplazadas en muchos países, sobre todo en Estados Unidos, por la retribución y/o la prevención especial negativa<sup>431</sup>.

No obstante, aunque se evaluó antes, todavía no hemos dicho cuáles son las objeciones de Derecho que se presentaron sobre las políticas correccionalistas, puesto que, aunque se ha dicho que se consideraba un sistema moderno y más humanista al centrar su atención al hombre real, puede llegar a ser, en realidad, la mayor violación posible a la personalidad del individuo.

Ahora bien, antes de analizar las críticas que se le han hecho a la resocialización como política correccionalista modelo, es absolutamente necesario explicar en qué consiste y, por esta razón, teniendo en cuenta que el fin de la pena sólo puede ser la protección de bienes jurídicos y, por tanto, la evitación de delitos, debe decirse que la prevención especial positiva consiste en que, cuando el sujeto ya ha delinquido, el Estado debe asegurarse de que éste no lo vuelva a hacer, por eso, basado en el consiguiente peligro futuro que procede del infractor, se ejecutan medidas privativas de libertad en aras de mejorar, reeducar, reinsertar a la sociedad o resocializar al delincuente<sup>432</sup>, lo que implica, de por sí, una obvia incompatibilidad

---

<sup>430</sup> Santiago Mir Puig, *"El Derecho Penal..."*, p. 123.

<sup>431</sup> Nicolás García Rivas, *óp. cit.*, p. 39.

<sup>432</sup> El primero en esgrimir esta teoría como fundamento de la pena fue Franz Von Liszt y, por esto, se considera como fundamental entre las diversas funciones que se asignan hoy a la pena, hasta el punto de considerarlo un principio rector y básico de todo sistema penitenciario moderno. Para más

con la pena de muerte y con las penas corporales, así como con una concepción puramente retributiva de la pena<sup>433</sup>.

Esto no está libre de críticas, las cuales se pueden resumir en cuatro problemas básicos:

- i) Como la experiencia ha demostrado, la pena, lejos de corregir al reo, lo empeora<sup>434</sup> y, como si esto fuera poco, no puede sostenerse a todos los autores de delitos a un tratamiento correctivo puesto que hay quienes cometen infracciones puramente ocasionales, contravenciones o delitos culposos<sup>435</sup>. Por lo tanto, la esperanza de resocialización se debilita no sólo mediante las altas cifras de reincidencia<sup>436</sup>, sino también por medio de constantes antropológicas y contraindicaciones sociales<sup>437</sup>. Además de esto, es contradictorio que se pretenda resocializar dentro de la prisión, dado que, para que la pena privativa de la libertad resocialice y reeduce, no podría ser en institutos de reclusión penitenciaria o carcelaria ya que ello requeriría necesariamente establecimientos especiales inexistentes<sup>438</sup>.

---

información véase a Francisco Muñoz Conde, La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, En: *"Cuadernos de Política Criminal"*, n. 7, 1979, p. 92.

<sup>433</sup> Winfried Hassemer & Francisco Muñoz Conde, *"Introducción a la criminología"*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 239.

<sup>434</sup> Es cuestionable la eficacia del tratamiento en condiciones de privación de libertad, como lo prueban los altos índices de reincidencia. Para más información véase a Santiago Mir Puig, *"El Derecho Penal..."*, p. 130.

<sup>435</sup> Alfonso Reyes Echandía, *"Parte General..."*, p. 324.

<sup>436</sup> Los pensamientos de la resocialización han entrado en crisis no sólo por las dificultades prácticas que encierra la prevención especial educativa debido a la privación de la libertad impuesta como pena continuada, sino también por la alta cuota de reincidencia y la duda teórica sobre lo adecuado de una educación, desde la falta de libertad, para un uso de la libertad respetuoso de la norma. Para más información véase a Wilfried Bottke, *óp. cit.*, p. 55.

<sup>437</sup> Winfried Hassemer, *"Fines de la pena..."*, p. 131.

<sup>438</sup> Las condiciones de vida del recluso son absolutamente distintas a las condiciones de vida en libertad, así que la receta por la que se pretende hacer social al ser antisocial, poniéndolo en un contexto asocial es como enseñar a nadar en seco y, por tanto, un fracaso. Sólo se puede educar para la sociedad viviendo en sociedad. De ahí que las condiciones de vida de los reclusos deberían ser lo más parecidas posibles a las de la vida en libertad. Para más información véase a María Virginia Martínez Bretones, *óp. cit.*, p. 40.

- ii) Si se parte de la base que la pena se aplica con respecto a la peligrosidad del delincuente de manera completamente individual, esto significa que la teoría correccionalista no es compatible con el principio de legalidad, dado que la pena se tendría que determinar en referencia al autor y a su futuro, lo cual no se podría establecer de un modo suficientemente determinado en la ley y tampoco ofrece una razón para imponer una pena en absoluto, para prolongarla o para hacerla más severa<sup>439</sup>.
- iii) La teoría de la corrección está fundamentalmente guiada por la ideología mayoritaria en el Estado puesto que se trata de resocializar, reinsertar o reeducar al delincuente para que se comporte de acuerdo a lo que la sociedad le exige y esto, por supuesto, lleva a que, en casos como la delincuencia por convicción, entre otros, se legitime a una mayoría para subyugar a una minoría conforme a sus formas de vida, educando contra su voluntad a personas adultas e impidiendo que ciertos ciudadanos vivan como les plazca<sup>440</sup>. Lo que significa que se impone una determinada escala de valores para prescindir de la minoría o la divergencia, transformando la mismidad del sujeto y llegando así al máximo grado de deshumanización y de absolutismo arbitrario<sup>441</sup>.

Con todo, se entendería que la resocialización sólo es posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de llevarla a cabo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia puesto que, de lo contrario, sería puro y simple sometimiento de unos sobre otros para que acepten creencias y convicciones internas, lo que lesiona gravemente la libre autonomía individual, pues por encima de cualquier otro valor

---

<sup>439</sup> Luís Greco, *óp. cit.*, p. 345.

<sup>440</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Introducción"*, p. 87.

<sup>441</sup> Las doctrinas correccionalistas han sido las preferidas por los sistemas totalitarios, donde se han justificado modelos y prácticas penales ilimitadamente represivos, paternalistas y de manipulación violenta de la personalidad del condenado. Para más información véase a Luigi Ferrajoli, *"Derecho y razón..."*, p. 273.

está siempre el respeto a la libertad de profesar cualquier creencia o ideología.

- iv) La resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estima correcto. Cuando no es este el caso, se plantea el problema de si debe, a pesar de todo, obligarse al delincuente a adaptarse a la sociedad a la que pertenece o de si, por el contrario, debe procederse previamente a modificar el orden social vigente<sup>442</sup>.

Con todo, la idea de que la resocialización es intrínsecamente humanitaria es falsa pues, incluso, puede llegar a ser más cruel que cualquiera en tanto ha implicado la pérdida de las garantías mínimas en la ejecución de la pena, sirviendo de apoyo a intervenciones coactivas manipuladoras, que se han llevado a cabo unas veces sobre el cuerpo y otras sobre la mente del condenado a fin de que adopte como suyos los valores sociales predominantes<sup>443</sup>.

Por estas razones, debido a que la pena es coacción y un fin de la pena significa preguntarse por la legitimidad de la coacción, la teoría correccionalista no puede ser considerada, tampoco, un fin de la pena porque el que se pueda esperar de la coacción el mejoramiento del coaccionado no da al Estado una razón para emplear la coacción. Esto bajo el entendido que, si el Estado no puede corregir a nadie contra su voluntad, entonces el correccionalismo no puede ofrecer ningún aporte a la justificación de la pena y se debe rechazar de tajo<sup>444</sup>.

Lo anterior, de igual forma que se daba en la prevención general positiva, los problemas aplicativos en el Estado Social y Democrático de Derecho no implican que se deba descartar de tajo esta teoría pues el Estado puede ofrecer una invitación a la resocialización que sea coherente con el modelo de Estado sin imponer una

---

<sup>442</sup> Francisco Muñoz Conde, *"La resocialización..."*, p. 94.

<sup>443</sup> Nicolás García Rivas, *óp. cit.*, p. 39.

<sup>444</sup> Luís Greco, *óp. cit.*, p. 347.

visión supra individualizada de la persona contraria con la estructura democrática y la libertad ideológica constitucionales<sup>445</sup>.

En conclusión, la mencionada crisis de la resocialización –así como el imposible retorno a la retribución-, se apuntan como causas contribuyentes, de manera decisiva, para el establecimiento de una teoría preventivo general cuya base sea la retribución de la culpabilidad, aun cuando esta última, anclada en el poder actuar de otro modo, se considere de imposible verificación empírica<sup>446</sup>.

Por esta razón es que muchos autores han propuesto teorías mixtas de la pena en las que se recojan los elementos positivos de todas las anteriores. Teorías que, conforme al orden establecido, se expondrán y analizarán a continuación.

### 3.3 Teorías mixtas

Hasta el momento se ha dicho que la imposición de la pena debe cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio mediante la protección de los bienes de los ciudadanos, lo cual sólo se puede cumplir mediante una pena cuya función sea la prevención y tenga un carácter netamente individual cuya base fundamental sea la consideración de la dignidad humana<sup>447</sup> donde, como vimos en el capítulo primero, es primordial la protección a la conciencia y a las decisiones derivadas de ella.

Por esto, el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho exige que la pena esté estrictamente limitada por los principios que rigen el modelo de Estado a la hora de atribuirle un significado directivo de regulación social a la norma jurídico penal, de tal forma que se le asigne la función de crear expectativas sociales con eficacia

---

<sup>445</sup> Nieves Sanz Mulas, *"Alternativas..."*, p. 196.

<sup>446</sup> Mercedes Pérez Manzano, Aportaciones de la prevención general positiva, En: Jesús María Silva Sánchez, *"Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin"*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 74.

<sup>447</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Introducción"*, p. 94.

motivadora para prevenir delitos manteniendo el respeto y el ciudadano por las garantías fundamentales del delincuente<sup>448</sup>.

A causa de lo anterior, dijimos que no puede hablarse de resocialización o de reeducación pues ello siempre significa adaptar al sujeto a una determinada socialización o educación considerada verdadera por el Estado, pero ello, en caso alguno, puede implicar que la socialización o educación que posee el sujeto sea falsa o tenga que renunciar a ella, por lo que, en principio, tendríamos que quedarnos con una teoría preventivo general a menos que comenzáramos a complementar unas teorías con otras. No obstante lo anterior, dijimos que la educación social, entendida como la herramienta que brinda el Estado para facilitar la convivencia, de verse más como una invitación que como una imposición negativa o alienante, resulta compatible con la dignidad humana y los fines preventivos de la pena. Por lo anterior, parecería posible que los aspectos positivos de los distintos fines de la pena se combinaran y se estructurara una única teoría adaptable a las garantías propias del modelo de Estado.

Con esto en mente es prudente analizar las teorías que pretenden mediar entre todas las teorías para hacer compatible la retribución de la culpabilidad con la rehabilitación, la intimidación o el aseguramiento del autor, ya sea porque: i) le dan preferencia a uno u otro criterio con la medida de culpabilidad como punto de orientación –estipulando límites máximos punitivos inamovibles y límites inferiores flexibles cuando existan razones fundadas para ello-; o ii) usan criterios preventivos únicamente, de tal forma que se pueda fijar una pena inferior a la estipulada en la ley en razón a la culpabilidad cuando, por razones preventivas, resulte útil<sup>449</sup>.

Así entonces, estaremos analizando planteamientos que le reconocen una naturaleza retributiva a la pena, puesto que ésta es un mal y una respuesta a la acción realizada, pero que tienen como objetivo fortalecer los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa o que, partiendo de un esquema de prevención general y prevención especial conjunto, le asignan a las penas y medidas una finalidad de protección de los bienes jurídicos y de reinserción del autor en la

---

<sup>448</sup> Santiago Mir Puig, *“Introducción a las bases del Derecho Penal”*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 28.

<sup>449</sup> Carlos Pérez del Valle, *“Estudios...”*, p. 30.



comunidad jurídica; y una teoría cuya fórmula parte de la suma entre la conminación penal, la imposición y la medición de la pena -momento de realización de la justicia- y la ejecución de la pena, que es el momento de la prevención especial -el de la reinserción o resocialización del delincuente-, resultando en un proceso dialéctico en el que la retribución no aparece de modo abstracto para cumplir un ideal absoluto de justicia, sino limitado y condicionado por la realidad impuesta por los momentos de prevención general y especial<sup>450</sup>.

Estas teorías son: i) la teoría de la unión aditiva, en la que el juez debe buscar la pena justa -adecuada a la culpabilidad- y útil, atendiendo las exigencias de la prevención; y ii) la teoría dialéctica de la unión, donde se rechaza el concepto tradicional retributivo de la culpabilidad que hablaba acerca del libre albedrío y lo entiende solamente como el juicio por el que se le atribuye el hecho al autor, para que, por muy necesaria que sea la pena en términos preventivos, nunca exceda el límite adecuado que merece el autor conforme a la intensidad con la que puede ser responsabilizado del hecho<sup>451</sup>.

Ahora bien, como se verá, estas teorías, como sucede con las demás, no están libre de críticas dado que, por el lado de la aditiva, se dice que trata de compaginar lo incompaginable, dado que la pena justa puede ser inútil y la pena útil puede ser injusta, lo que significa que tiene los mismos problemas de las teorías absolutas y relativas y, además, destruye la lógica interna de la construcción y aumenta el ámbito de aplicación de la pena<sup>452</sup>; y, frente a la dialéctica, se le ha criticado por sustituir íntegramente el concepto clásico de culpabilidad por otro que carece de contornos precisos al estar basado en consideraciones referentes a la necesidad y al merecimiento de la pena<sup>453</sup>, aunque analizaremos estos problemas de manera individual.

### **3.3.1 Teoría de la unión aditiva**

---

<sup>450</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Introducción"*, p. 91.

<sup>451</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, *óp. cit.*, p. 20.

<sup>452</sup> Claus Roxin, *"Parte General..."*, p. 19.

<sup>453</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, *óp. cit.*, p. 21.

Quienes defienden la búsqueda de una pena adecuada a la culpabilidad que también sea útil para prevenir delitos, ya sea: i) reconociendo una naturaleza retributiva de la pena pero fortaleciendo los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa; o ii) asignándole una finalidad de protección de los bienes jurídicos y de reinserción del autor en la comunidad jurídica, suelen argumentar que la pena es plurifinalística en cuanto a que, desde el punto de vista socio-jurídico, la pena es retribución socialmente exigida y jurídicamente impuesta por el delito cometido, lo cual es un enfoque político que permite aseverar que la pena actúa como mecanismo de control social, y, en el plano criminológico, la pena pretende ser instrumento de prevención de delincuencia futura<sup>454</sup>.

Esto sucede con claridad en el Código Penal colombiano <sup>455</sup>, donde se dice indistintamente que:

*“Artículo 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.*

*La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.*

Ahora bien, estas teorías solamente implican una acumulación de los puntos de vista particulares de las distintas opciones sin establecer ningún orden entre ellos<sup>456</sup> y ampliando el campo de aplicación de la pena al extremo<sup>457</sup>, por lo que tampoco nos son útiles y debemos rechazarlas de plano como fin de la pena sin necesidad de hacer un mayor desarrollo de ésta.

### **3.3.2 Teoría dialéctica de la unión de Roxin**

---

<sup>454</sup> Alfonso Reyes Echandía, *“Parte General...”*, p. 325.

<sup>455</sup> Colombia. Ley 599 de 2000. Julio 24. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se consagra el Código Penal.

<sup>456</sup> Claus Roxin, *“Derecho penal...”*, p. 97.

<sup>457</sup> Nicolás García Rivas, *óp. cit.*, p. 40.

Aun cuando en el acápite inmediatamente anterior dijimos que, por la redacción, la finalidad de la pena vigente en el Código Penal colombiano está basada en una teoría aditiva de la pena por la acumulación sin sentido de todos los conceptos en uno solo, la Corte Constitucional dijo, en sentencia C-1112 del 2000, que:

*“[...] tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, lo cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”<sup>458</sup>.*

Por consiguiente, Cadavid Quintero afirma con vehemencia que, entonces, no tenemos una teoría aditiva genérica sino que, por el contrario, la sumatoria de teorías en el ordenamiento jurídico colombiano corresponde, en mejor sentido, a la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin<sup>459</sup>. Por esa razón –y para continuar con el análisis realizado-, es necesario poner de presente los postulados del autor alemán y determinar si, efectivamente, los colombianos tenemos un precepto normativo más elaborado que la simple –y librada al arbitrio del juez que la interprete y aplique- adición de todos los postulados en uno solo.

Ahora bien, vale la pena aclarar que Roxin, para esgrimir su teoría, parte estableciendo que la culpabilidad no es el único criterio determinante en la justicia de la pena<sup>460</sup> puesto que la consideración de justicia de la pena depende de otros factores como: i) la valoración del bien jurídico y de su necesidad de protección, de manera que, si se considera que no hay un bien jurídico digno de protección, la pena

---

<sup>458</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1112 de 2000. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>459</sup> Alfonso Cadavid Quintero, óp. cit., p. 212.

<sup>460</sup> La pena adecuada a la culpabilidad pierde legitimidad en el momento en que se hace referencia a una culpabilidad puramente normativa, cuya base ontológica, o sea, el libre albedrío humano, no sería demostrable ni discutible. Así, sin la base ontológica del poder actuar de otro modo, la culpabilidad sería sólo una suposición en el sentimiento de justicia de la colectividad, cuya confianza ciega en una culpa real desencadenaría entonces la necesidad tan sólo de confirmar una norma a través de la pena. Conduciría en esa medida al concepto de prevención general como fundamento de la pena. Para más información véase a Bernd Schünemann, “Sobre la crítica...”, p. 93.

se considerará injusta; ii) la consideración social de la justicia de la pena en conexidad con la existencia y gravedad del resultado material, de forma que, en relación con dos conductas dolosas idénticas, la sociedad reclama mayor pena si se consuma el delito que si queda en grado de frustración o si se producen varios resultados en lugar de uno; y iii) las consideraciones preventivo especiales en la ejecución de la pena, puesto que se debe tener en cuenta la resocialización y los efectos desocializadores de la pena privativa de la libertad<sup>461</sup>.

Así entonces, dado que, en el esquema de responsabilidad penal de Roxin, se tiene como nivel la pena -o, lo que es lo mismo, la necesidad y la ejecución de la pena- de manera conjunta a la culpabilidad, lo que se analizará en el capítulo tercero, el fundamento de la pena, para conseguir satisfactoriamente la protección de bienes jurídicos, es algo intrínseco a los distintos momentos del proceso punitivo. Esto debido a que, en la fase de amenaza legal de pena prima la prevención general y en la de imposición y medición judicial debe tenerse en cuenta la culpabilidad y los derechos del inculcado, sin olvidar que sirve a la confirmación de la seriedad de la amenaza penal y a la intimidación individual y, por último, en la fase de ejecución de la pena se guía por las ideas de resocialización y reinserción sociales<sup>462</sup>.

Entendido lo anterior y sabiendo que, además, Roxin introdujo el concepto de prevención de integración, que es el efecto de pacificación que se produce cuando el delincuente ha hecho lo suficiente de manera que el conflicto social se soluciona a pesar de la infracción normativa -lo que evita que se sancione a alguien con una pena más dura a la que merece<sup>463</sup>-, su teoría dialéctica gira entorno a que la medida de culpabilidad sea el límite máximo de la pena sin que se pierda eficacia preventivo general -en cuanto a que la pena adecuada a la culpabilidad produce un efecto integrador- y que el límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad pueda ser rebajado, incluso hasta la no ejecución de la pena, por razones de prevención especial sin que sufra merma la prevención de integración en ciertos casos<sup>464</sup>. De tal forma que, estipulando conexiones entre prevención general y prevención especial

---

<sup>461</sup> Mercedes Pérez Manzano, "Aportaciones...", p. 81.

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>463</sup> Claus Roxin, "Parte General...", p. 47.

<sup>464</sup> Mercedes Pérez Manzano, "Aportaciones...", p. 76.

mediante restricciones recíprocas<sup>465</sup>, se logra fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad -en el sentido de la prevención general-, preservando la individualidad de quien le está sometido<sup>466</sup>.

Ahora bien, Zugaldía Espinar, aunque partidario en buena parte de la teoría dialéctica de la unión, reconoce que las críticas que se le hicieron a las teorías preventivo especiales le son, igualmente, aplicables a la teoría de Roxin y, por consiguiente, es igual de inaplicable ya sea a la generalidad de la delincuencia o a la delincuencia por convicción, marcando un retroceso en el mismo sentido. Por lo tanto, concluye que, realmente, ninguna teoría de la pena es suficiente para fundamentar de forma última sus puntos de partida y, por eso mismo, afirma que, a la hora de escoger una teoría que fundamente la pena, debe acentuarse la función instrumental frente a la función simbólica de la pena, de tal manera que se vincule el fundamento de la pena a su necesidad y utilidad para la prevención de los hechos delictivos, para mantenerla dentro de los límites que impone la Constitución al ejercicio del *ius puniendi* y respetando la mínima intervención penal y las máximas garantías<sup>467</sup>.

Por lo tanto, así finalizamos el estudio de las teorías que fundamentan la pena, para dar pie a la toma de postura dentro del debate. Esto debido a que, como se ha venido anticipando, las nociones teóricas deben aterrizar en algún punto al problema jurídico que nos atañe: la delincuencia por convicción y su tratamiento jurídico penal. Tratamiento que, por supuesto, debe comprender la pena y los elementos que se analizarán en el capítulo tercero.

#### **4. Toma de postura**

A lo largo del capítulo, ampliando en la contextualización del problema jurídico para, así, entender la magnitud del mismo y aislar el conflicto que le es relevante al Derecho Penal, empezando de lo general y especializando la discusión para llegar a lo particular, luego de haber definido cuáles son las conductas que se ajustan al

---

<sup>465</sup> Nieves Sanz Mulas, “Alternativas...”, p. 83.

<sup>466</sup> Claus Roxin, “Derecho penal...”, p. 97.

<sup>467</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, óp. cit., p. 29.

objeto de estudio en el primer capítulo, proseguimos a determinar cuál a sido el tratamiento que se le ha dado a las mismas. Por ende, sentamos el contexto histórico y social de lo que ha sido, al día de hoy, el castigo que se le ha dado a la delincuencia por convicción.

No obstante lo anterior, en este despliegue más político criminal que jurídico, nos atrevimos a adentrarnos en uno de los debates más importantes –si no el más importante– del Derecho Penal cuando nos enfrentamos a las dudas que genera la pena, en su fundamentación, interpretación y aplicación, a la hora de contrastarla con el ser y el deber ser de la misma en modelos donde prima la dignidad humana, como el colombiano, más cuando tipos criminológicos como la delincuencia por convicción se desempeñan de manera contraria a los principios normales. Por esta razón, luego de hacer un breve recuento de algunos fenómenos punitivos que se han dado en el siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI para posibles formas de delincuencia por convicción como lo son los delitos políticos y el terrorismo, centramos la mayor parte del capítulo a analizar los fines de la pena y los distintos factores que los afectan.

Por esta razón, ya que las diferentes finalidades de la pena no conforman opciones ahistóricas sino que se corresponden con los distintos fines que al Derecho Penal se le han asignado según el modelo de Estado al que estuviera llamado a servir<sup>468</sup>, definimos que en Colombia, por tratarse de un Estado Social y Democrático de Derecho donde la dignidad humana y las garantías constitucionales que se derivan de la misma rigen la totalidad del sistema, la pena debe cumplir dos funciones: i) la protección y el respeto de las garantías fundamentales del individuo, de tal manera que se limite el poder estatal en su lucha contra el delito; y ii) la prevención del delito para brindarle amparo a la sociedad y al resto de sus miembros de los abusos del individuo<sup>469</sup>. Esto, por lo tanto, significa una relación dialéctica entre el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal y el de eliminar la violencia social extra-penal.

---

<sup>468</sup> Juan Bustos Ramírez, *“Control social y sistema penal”*, Barcelona, PPU, 1987, p. 53.

<sup>469</sup> Jesús María Silva Sánchez, *“Aproximación...”*, p. 267.

No obstante lo anterior, en la sociedad actual, como se vio a lo largo del capítulo, el panorama está dominado por una política criminal que se orienta a penas retributivas y autoritarias plagadas de excesos irracionales de lirismo racionalista y con todas sus incertidumbres teórico-cognoscitivas, lógicas y morales<sup>470</sup>, lo cual supone un grave problema para definir el tratamiento jurídico penal aplicable a los delincuentes por convicción, dado que se trata de una concepción que impone una serie de valores morales, sin mencionar que es gravemente violatoria de derechos fundamentales.

Por esta razón, si nos olvidamos de una vez por todas de las teorías absolutas<sup>471</sup> y centramos el debate punitivo en la prevención<sup>472</sup>, tenemos que la pena es coacción de doble naturaleza dirigida contra la voluntad del autor del delito, cuyos bienes jurídicos lesiona o destruye, pues en ellos se ha personificado su voluntad. Estas dos naturalezas son: i) la motivación o coacción indirecta, mediata o psicológica, en donde se le proporcionan, al autor del delito, los motivos idóneos que a él o a ella le hacen falta para no cometer delitos, ya sea por corrección -o, en otras palabras, la implantación y fortalecimiento de motivos sociales y altruistas-, por educación o mediante la intimidación –siendo ésta la implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en los efectos con los motivos altruistas-; y ii) fuerza o coacción directa, inmediata y mecánica, mediante la inocuización, la exclusión de la sociedad o su internamiento<sup>473</sup>.

---

<sup>470</sup> Winfried Hassemer, “*Fines de la pena...*”, p. 118.

<sup>471</sup> Tales teorías absolutas sólo pueden sobrevivir si se fusionan con las teorías relativas, lo que tiene como consecuencia que ya no pueden pretender la “majestad de la desvinculación de todo fin”; por el contrario, entonces están ligadas al programa de fines de estabilización de las normas sociales generales, intimidación de los delincuentes potenciales o reinserción social de los delincuentes – de todas maneras, las teorías absolutas también están mal ubicadas en una teoría de la unión. Éstas sirven sólo para la limitación de la persecución de fines anticonstitucionales a través de la pena, para una limitación que si no se fundamentara en las teorías absolutas, podría hacerlo en la proporcionalidad, en la prohibición de excesos, en la igualdad, en definitiva el Derecho Constitucional. Para más información véase a Winfried Hassemer, “*Fines de la pena...*”, p. 119.

<sup>472</sup> El Derecho penal como los demás sistemas de control social, en tanto que pretende evitar unas conductas y estimular otras, responde siempre a un sistema de valores, con función de defenderlo y reproducirlo, y en consecuencia marginar y reprimir las conductas que potencial o realmente puedan atacarlo. Para más información véase a Francisco Muñoz Conde, “*Introducción...*”, p. 41.

<sup>473</sup> Franz von Liszt, “*La idea...*”, p. 81.

La cuestión es que, aunque la noción de Estado Social y Democrático de Derecho esté, cada día más, en declive, lo ideal es que la pena no se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana. Por lo tanto, ciertamente, su legitimación y fundamentación no se pueden lograr mediante la teoría absoluta retribucionista pero tampoco con las preventivo especiales, por lo tanto el rechazo de las segundas no puede significar volver a la retribución, pues ésta en ningún caso es una alternativa<sup>474</sup>.

Con esto en mente, pareciera entonces que, para proteger, siempre, la dignidad humana y los derechos fundamentales la única alternativa resultaría la no existencia de pena, es decir su abolición, pero, mientras ello no sea posible por motivos de control y orden social, la legitimación y la fundamentación de la pena sólo pueden provenir desde su limitación, esto es, profundizando las garantías materiales y formales<sup>475</sup>. Por esto es que no es admisible, tampoco, por poner un ejemplo, acudir al concepto de la prevención general estabilizadora, integradora o positiva para exigir o permitir que la prevención general añada la internalización valores o que la pura intimidación estatal prescinda de toda consideración del consenso social<sup>476</sup>.

Por lo tanto, creemos que, si la intimidación penal se ejerce sin vulnerar la dignidad humana, recordando el ejemplo del perro, dentro de los límites señalados en un Estado Social y Democrático de Derecho, como son la exclusiva protección de bienes jurídicos y los principios de proporcionalidad y culpabilidad, y se ofrecen razones para comportarse de acuerdo a Derecho como la invitación a seguir parámetros de convivencia social para la vida en comunidad pacífica, no la imposición de ideas

---

<sup>474</sup> Juan Bustos Ramírez, *"Aspectos filosófico-jurídicos..."*, p. 23.

<sup>475</sup> Esto debido a que, además de no respetar los paradigmas de respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, estos modelos adolecen de defectos en el ámbito de la efectividad que tanto pregonan. No sólo no previenen a largo plazo la criminalidad, porque las causas se mantienen, sino que genera mayor conflictividad social, dado que sólo mantiene controlados a corto plazo los sujetos "peligrosos" para el orden social. De esta manera se autoreproduce: no se previene realmente la criminalidad, respuesta simbólica represiva, aumento de la criminalidad. Así, fácilmente se puede llegar al "terror penal". Además produce la superpoblación carcelaria que ha hecho estallar conflictos penitenciarios. Para más información véase a Laura Zúñiga Rodríguez, *óp. cit.*, p. 127.

<sup>476</sup> Santiago Mir Puig, *"El Derecho Penal..."*, p. 39.



internas, entonces la prevención general se presentará necesariamente como correcta intimidación estabilizadora o funcional.

Lo anterior lo podemos justificar en que, conforme a lo que ya se dijo acerca de la pena estructurada en la conminación penal y la imposición de la pena, con una intimidación orientada a un fin y restringida por los presupuestos normativos estatales, se consigue prohibir al Estado dirigir moralmente a sus ciudadanos a través de la pena, por lo que la intimidación se convierte en brindar una razón prudencial para que alguien se comporte de cierta manera y no como provocación psicológica de temor; es decir, dar a conocer, funcionalmente y de modo general, razones referidas a la prudencia –y no referidas a la moral- para comportarse conforme a derecho<sup>477</sup>.

Esto, en otras palabras, significa que, si se usa la intimidación para hacer que el ciudadano aprenda a actuar conforme a máximas generales -capaces de constituir un móvil que lo determine a aquello que se quiere- y no como algo malo e inhumano que reduce al hombre a la capacidad intelectual de un animal, puesto que no se protegería al ciudadano para que pueda pensar lo que quiera, se lograría evitar generar una convicción moral -que es asunto del ciudadano- y, aun así, coaccionarlo para comportarse conforme a Derecho.

Ahora bien, el modelo de intimidación funcional tendría un serio problema frente a la existencia de una adecuada relación entre los delitos y las penas, porque de conminar los delitos más graves con penas leves podría ser entendido como un incentivo a cometer hechos graves y, de ser el caso contrario, la población se familiarizaría de modo tal con las penas desmesuradas que ya no les temería. Por esta razón, Greco, quien propone originalmente la idea de la intimidación funcional –aunque él la llama intimidación deontológica- y a quien se ha citado en repetidas oportunidades en el sustento de esta postura, establece que: i) nunca va a haber, realmente, armonía entre intimidación y proporcionalidad, así como tampoco existe ya, en general, una armonía preestablecida entre adecuación a fines y justicia; ii) empíricamente, se puede partir de una continua coincidencia entre intimidación y proporcionalidad; y iii) los casos, incluso, en que no se da una coincidencia empírica

---

<sup>477</sup> Luís Greco, óp. cit., p. 407.

entre intimidación y proporcionalidad no son una razón para renunciar a la teoría de la intimidación, puesto que ésta puede complementarse con limitaciones deontológicas externas y solucionar satisfactoriamente todos los problemas que resultan de posibles fricciones entre prevención y justicia<sup>478</sup>.

Dicho lo anterior, se opta, consecuentemente, por una teoría de la pena basada en la intimidación funcional o deontológica<sup>479</sup>. La cuestión a resolver en este punto sería si, de acuerdo con la propuesta original de Radbruch, es posible aplicarles la pena – con este fin- a los delincuentes por convicción, los cuales se ven cobijados por las garantías fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho.

Radbruch, recordemos, decía que los delincuentes por convicción no son intimidables, de tal forma que si se les conmina con una pena, ésta resultaría ineficaz, razón por la cual proponía otras formas de castigo. Sin embargo, aun sin entrar al correspondiente análisis, creemos, de antemano, que, siguiendo los postulados de Luzón Peña, como se mencionó antes, quienes delinquen por convicción sí pueden ser intimidados por la pena, puesto que, psicológica y fácticamente, sí son susceptibles de sentir temor ante la amenaza de cumplimiento de la pena, especialmente si es severa, además de que, con su sanción, se envía, también, un mensaje para que ningún tercero pueda eludir las razones prudenciales que se oponen a la comisión del delito<sup>480</sup>.

No obstante lo anterior, la discusión está muy lejos de finalizar todavía, principalmente porque, para lograr establecer esto –y en general el tratamiento jurídico penal que hay que darle a los delincuentes por convicción y, por qué no, a los delincuentes a conciencia-, es necesario solucionar dos cuestiones relevantes a la pena que, hasta el momento, no hemos tocado pero que tendrán un espacio dedicado a estas cuando sea procedente. Estas dos cuestiones, que sobresalen como nuevos problemas

---

<sup>478</sup> Luís Greco, óp. cit., p. 316.

<sup>479</sup> En un texto anterior en el que se prestó asistencia en la investigación, después de un examen crítico de las teorías de los fines de la pena, se encontró un cuadro poco alentador en el sentido de que ninguna de ellas se creía que resistía la crítica, por lo que se había optado resignadamente por una teoría ecléctica unificadora. Para más información véase a Alfonso Daza González, *“La pena alternativa en la Ley de Justicia y Paz”*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 16.

<sup>480</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *“Actuación de conciencia...”*, p. 611.

jurídicos subyacentes al mismo que buscamos solucionar desde el inicio del texto, son: i) determinar si esa capacidad fáctica y psicológica está presente en los delincuentes por convicción, por lo tanto debemos pasar por otros interrogantes que surgen al respecto y que están inmersos en el problema jurídico general que se busca resolver en esta investigación: ¿existe accesibilidad a la norma, posibilidad de conocimiento y/o comprensión de la misma, como motivabilidad o determinabilidad por la amenaza de la norma penal en los delincuentes por convicción?; y ii) establecer dónde debe ser ubicado el merecimiento y la necesidad de la pena si no fue en la pena, pues, como se vio, se mantuvo ausente en el debate.

### **Capítulo Tercero**

#### **Atribución de la responsabilidad penal para la delincuencia por convicción**

##### **Introducción**

En el entramado que hemos venido tejiendo, donde cada tema que se toca, por breve que pueda llegar a ser, tiene incidencia en el desarrollo del problema jurídico, hemos tenido que tomar ciertas posturas con respecto a puntos clave de la discusión para poder, justamente, darle orden y lógica a lo que se plantea a lo largo del texto.

Por esta razón, hemos hablado de cuestiones relativas a, por ejemplo, qué debemos entender por delincuencia por convicción, cuál era el castigo que proponía Radbruch para estos delincuentes, entendiendo que, para él, ningún fin de la pena les es aplicable y, en consecuencia, cuál creemos que debe ser el fin único de la pena aplicable en un Estado Social y Democrático de Derecho, sin importar la incidencia de los deseos sociales en la política criminal.

Ahora bien, al finalizar ese acápite acerca de la pena, donde analizamos diferentes posturas, quedaron, quizás, más dudas que certezas, puesto que, aunque se propuso la pena con un fin intimidatorio funcional –o deontológico–, todavía no se resuelve formalmente si los delincuentes por convicción merecen un tratamiento jurídico penal diferenciado. No obstante, ya teniendo el fin de la pena, sin decir mucho, se planteó cuál será la solución para este inconveniente pues pudimos ver un poco de eso que llaman accesibilidad a la norma, lo cual será motivo de discusión en este capítulo.

Así entonces, esta y otras dudas que han surgido en lo que vamos de la investigación y que hemos dejado a un lado sin resolver, tendrán su resolución en este momento, pues es aquí donde comenzaremos a reunir lo que hemos visto con aspectos que no hemos definido, para establecer qué es eso que planteamos como tratamiento jurídico penal. Es decir que ahora, entre otras cosas, resolveremos, desde la teoría, buena parte del problema jurídico planteado, antes de aterrizar todo eso a la realidad social y jurídica colombiana.

Por consiguiente, para hacer esa reunión de manera efectiva, haremos algunas aclaraciones nuevas y procederemos a finalizar el tejido que hemos venido entramando: volveremos a ver a la delincuencia por convicción a la par de la delincuencia a conciencia por ejemplo, pero, más que otra cosa, estaremos yendo y viniendo constantemente con la pena: ese gran punto que dejamos entreabierto por la gran incidencia que volverá a tener.

Con todo, en este capítulo, en primer lugar, explicaremos por qué se escogió el nombre que se le asignó, entendiendo que es un tema sujeto a discusión en la doctrina, para así adentrarnos en los debates acerca de la culpabilidad y, fundamentalmente, en la responsabilidad penal de los delincuentes por convicción.

Todo esto para determinar, una vez más, qué tratamiento debemos darles.

Sin más preámbulo, puesto que ya estamos revelando un poco más de la cuenta en esta introducción, recordemos que, como se vio en el primer capítulo, tanto los delincuentes por convicción como los delincuentes por motivos de conciencia parten de una misma estructura de obligatoriedad basada en sus convicciones y son, justamente, esas convicciones las que motivan decisivamente su actuación -aunque no necesariamente lo único<sup>481</sup>-, más allá de que existan otros factores que los diferencien.

Por esta razón, dado que en principio son tipos criminológicos idénticos, en cuanto a que en los dos la decisión tiene obligatoriedad interna y carácter vinculante, como dijimos en el primer capítulo, optamos por diferenciarlos según la fórmula de Silva Días, quien dice que la diferencia está en que:

i) la decisión a conciencia es el resultado del respeto a los principios prácticos que informan la elección universal, en el sentido de poder aceptar como propia la decisión que se ha tomado; mientras que la decisión por convicción la experimenta el sujeto como necesaria para alcanzar un determinado fin, como, por ejemplo, el terrorista político que quiere destruir el orden político existente para imponer otro, que se siente legitimado por un fin altruista o por un orden de valores que lo sustenta, pero no por una decisión moral en cuanto a que no estaría dispuesto a aplicarse a sí mismo la decisión que tomó<sup>482</sup>.

ii) “sentirse obligado a actuar” es, desde el punto de vista moral, algo distinto de “tener la obligación de actuar”, puesto que, la primera, traduce la obediencia a imperativos que el sujeto voluntariamente acepta e interioriza, mientras que la segunda refleja la autonomía de su decisión, su carácter incondicionado que contiene en sí una coacción práctica<sup>483</sup>.

---

<sup>481</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 40.

<sup>482</sup> Augusto Epifanio da Silva Días, *“Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência”*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 22.

<sup>483</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 76.

Con todo, esto se traduce en que la acción por convicción y la acción determinada por la conciencia no se distinguen, en general, por la obligatoriedad interior de la decisión -o sea por su vinculación, al menos no en los términos que vimos que proponía Jericó Ojer<sup>484</sup>- pues, en uno y otro caso, el autor está íntimamente persuadido de la necesidad de su acción; se diferencian porque en la decisión por motivos de conciencia esa convicción resulta del respeto por los principios prácticos que orientan la elección universal –“¡puedo moralmente aceptar para mí mismo la decisión que tomé!”-, mientras que en la simple convicción, la acción es sentida como necesaria para alcanzar determinado fin –“si quiero X entonces tengo que hacer Y”-

485.

Teniendo esto en cuenta, podemos iniciar la discusión acerca de la atribución de responsabilidad penal, donde, en primera instancia, tendremos que replantear, ahora sí, la noción de reprochabilidad que hemos usado de manera libre y espontánea a lo largo del texto y más puntualmente en el capítulo segundo. No obstante lo anterior, no sobra recordar la fórmula que se ha venido planteando en el texto desde la introducción y que nos ha servido para entender la metodología de análisis de la investigación (“T + A + C = RP”), pues en este capítulo, de manera anticipada, como ya veremos, la modificaremos a “T + A + [C + NP] = RP”, con el merecimiento y la necesidad de la pena (“NP”), donde van inmersos los fines evaluados en el capítulo inmediatamente anterior, en la misma bolsa –si se quiere- de la culpabilidad, que llamaremos, de acuerdo a los postulados de Maurach, como se verá, atribuibilidad (“At” = [C + NP]). Ahora bien, esto no es más que un adelanto de lo que se expondrá y analizará a continuación, por lo que, preferiblemente, daremos paso a la delimitación de la discusión.

## **1. Atribución de la responsabilidad penal.**

Cuando hacíamos referencia a los delitos políticos y al terrorismo expusimos cuál ha sido el tratamiento punitivo que la política criminal le ha asignado a ciertas – posibles- formas de delincuencia por convicción y decíamos que, dependiendo del

---

<sup>484</sup> Leticia Jericó Ojer, *óp. cit.*, p. 280.

<sup>485</sup> Augusto Epifanio da Silva Días, *óp. cit.*, p. 60.

impacto en la sociedad, algo que ciertamente no es tasable de manera objetiva, por lo que se reduce a un plano valorativo, subjetivo e individual, los delitos por convicción tienen un mayor o menor reproche punitivo. Es decir, como los delitos políticos, en principio, implican un fin altruista respetable para la comunidad, eran menos reprochables que los actos terroristas que, aunque en principio comportan la misma estructura –en una generalidad–, involucran vidas humanas<sup>486</sup>.

Así entonces, la noción de reproche y reprochabilidad se ha manejado, hasta este punto, de manera libre, como el barómetro social que determina la gravedad de las conductas delictivas ante la mirada constante de la ciudadanía. No obstante, ahora que entramos a un capítulo nuevo es crucial separar tales términos de esas definiciones.

Esto, por supuesto, no significa que olvidaremos del todo lo analizado con respecto a las dos formas de posible delincuencia por convicción que tocamos. Por el contrario, como se vio en el capítulo anterior, las teorías sociales sobre la percepción del delito, en contraposición con la política criminal, seguirá siendo un tema recurrente puesto que es lo único que nos permite hacernos una idea del por qué se castiga y la necesidad político criminal de prevenir delitos, tan importante en nuestro estudio del cómo y para qué se castiga.

Ahora bien, para aclarar puntualmente qué es reprochabilidad, antes hay que hacer una corta precisión acerca del porqué del título de este capítulo, en cuanto a que, aunque en la teoría del delito se ha llegado a coincidir en que el hecho antijurídico debe poder ser imputado a su autor, hay variedad de opiniones sobre la terminología adecuada para expresar la atribución (imputación) del desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor<sup>487</sup>. Es por esto que, aunque se explicará en

---

<sup>486</sup> Jesús María Silva Sánchez, ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de las víctimas al castigo del autor, En: Santiago Mir Puig, *“Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Penal del siglo XXI”*, no. VIII (2007), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 329.

<sup>487</sup> Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídica del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de los preceptos de cualquier código penal vigente en los países de nuestra área de cultura, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de

debida forma, creemos que, en las condiciones de la imputación personal del hecho antijurídico, hay que distinguir dos momentos: i) la infracción personal de una norma de determinación (la norma primaria concreta); ii) la responsabilidad penal del sujeto.

No obstante lo anterior, esta noción de atribución –o atribuibilidad- de la responsabilidad penal es relativamente moderna y no muy común, por lo que, antes de llegar a nuestra postura y explicarla en detalle, haremos un breve recorrido por la evolución histórica del término que, desde von Liszt, la doctrina absolutamente dominante viene acogiendo para exigir la posibilidad de imputación del injusto al autor: la culpabilidad<sup>488</sup>.

Entendido lo anterior, dado que en este primer acápite del capítulo hablaremos fundamentalmente de la culpabilidad, la reprochabilidad estará, a partir de este momento, vinculada a la libertad para decidir<sup>489</sup>. Esto debido a que, una vez se toque el tema, se planteará la fórmula de “*no hay pena sin reprochabilidad*”, es decir, no hay delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión, lo que nos obliga a remplazar la noción de reprochabilidad usada hasta el momento por una anclada en la autodeterminación de la voluntad humana, ya que, para poder reprochar un injusto penal, necesitará la comprobación de umbrales de autodeterminación<sup>490</sup>.

Habiendo aclarado estas dos cuestiones, en el recorrido histórico mencionado se hará referencia, cómo no, al principio de culpabilidad, sus definiciones y

---

ese hecho, sin perjuicio de que, no obstante, pueda ser objeto de otro tipo de sanciones y de reacciones por la comisión del mismo. Para más información véase a Francisco Muñoz Conde, Culpabilidad y prevención general, En: Santiago Mir Puig, “*Derecho Penal y Ciencias Sociales*”, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 161.

<sup>488</sup> Santiago Mir Puig, “*Derecho Penal: Parte General*”, Reppertor, Barcelona, 2008, 529.

<sup>489</sup> Actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo penal y ataca con ello un bien jurídico protegido y le será atribuible esta responsabilidad a quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a Derecho. Para más información véase a Francisco Muñoz Conde, “*Culpabilidad...*”, p. 162.

<sup>490</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, “*Derecho Penal: Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 672.



aplicaciones, para así tomar postura en una discusión amplia y compleja, de tal forma que podamos seguir avanzando en el desarrollo del texto sin complicaciones.

Ahora bien, antes de hacer el desarrollo del debate, cabe poner de presente que, en el plano colombiano, el Código Penal actual (Ley 599 de 2000), a diferencia del inmediatamente anterior (Decreto - Ley 100 de 1980), no dedica un título o capítulo específico a la culpabilidad como categoría dogmática<sup>491</sup>; sin embargo, dado que en el actual artículo 12 se dice que: *“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*, la definición de culpabilidad está abierta a diversas interpretaciones, permitiéndonos y justificando el análisis a realizar a continuación<sup>492</sup>. Esto cobra especial importancia, a su vez, cuando veamos que el principio de necesidad de la pena es una norma

---

<sup>491</sup> En el Código Penal de 1980 (Colombia. Decreto - Ley 100 de 1980. Enero 23. Diario Oficial No. 35.461 de 20 de febrero de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal) se consagraba: **“CAPITULO VII. DE LA CULPABILIDAD. ARTICULO 35. FORMAS.** *Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.* **ARTICULO 36. DOLO.** *La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible.* **ARTICULO 37. CULPA.** *La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.* **ARTICULO 38. PRETERINTENCION.** *La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.* **ARTICULO 39. PUNIBILIDAD.** *La conducta preterintencional o culposa sólo es punible en los casos expresamente determinados en la ley.* **ARTICULO 40. CAUSALES DE INCULPABILIDAD.** *No es culpable: 1. Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor. 2. Quien obre bajo insuperable coacción ajena. 3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación, y 4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo”.*

<sup>492</sup> Hay quienes dicen que, en realidad, en Colombia sigue imperando entre nosotros la teoría normativa de la misma, es decir, aquella que la entiende como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido. Esto, por supuesto, será analizado con posterioridad. Para más información véase a Miguel Córdoba Angulo, Culpabilidad, En: Jaime Bernal Cuellar, *“Lecciones de Derecho Penal: Parte General”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 367.

rectora<sup>493</sup>, por lo que, para la imposición de la pena, es obligatorio demostrar que hay culpabilidad, entiéndase como se entienda, y que la pena es justa y necesaria<sup>494</sup>.

## 1.1 Culpabilidad

En la contextualización anterior, así como en el desarrollo del capítulo segundo, hemos visto que, en pocas palabras, el cometido del Derecho Penal es castigar y, en segundo lugar, poner bajo seguro al autor peligroso, por lo que se presupone que la acción típicamente antijurídica debe poder ser atribuida al sujeto como obra de su voluntad conforme al principio *“ninguna pena sin culpabilidad”*, estableciendo así el presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal y los parámetros de medición de la pena, en tanto ésta no puede ser más grave que lo que el autor merece según su culpabilidad<sup>495</sup>.

Adicionalmente, se han dado vistazos al principio de culpabilidad a raíz de la definición de reprochabilidad, en cuanto a que se habló de la libertad de decisión de la persona o la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas para hacer responsable al autor por haber cometido el hecho antijurídico<sup>496</sup> y, también, nos hemos acercado a la ubicación sistemática de la culpabilidad en la teoría del delito.

Por esta razón, antes de hacer el recuento de la evolución histórica de la culpabilidad, que ya explicaremos en qué consiste, haremos, nuevamente, tres

---

<sup>493</sup> Colombia. Ley 599 de 2000. Julio 24. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se consagra el Código Penal. ARTÍCULO 3°. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

<sup>494</sup> Miguel Córdoba Angulo, Culpabilidad, En: Jaime Bernal Cuellar, *“Lecciones de Derecho Penal: Parte General”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 368.

<sup>495</sup> Reinhart Maurach, *“Tratado de Derecho Penal”*, Traducido por: Juan Córdoba Roda, T. II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 13.

<sup>496</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 438.

menciones conceptuales especiales: i) la ubicación de la culpabilidad en la teoría del delito; ii) la relación entre la moralidad y la culpabilidad, para centrarnos únicamente en los componentes normativos; y iii) el principio de culpabilidad como modelo estructural donde se incluyen los elementos de los cuales se hace depender la atribución personal del hecho antijurídico.

Con esto, lo primero que debe decirse es que el requisito de culpabilidad es una exigencia general de todo hecho punible, adicional a las exigencias de acción, tipicidad y antijuridicidad, que implica, en todo caso, que, además de una infracción objetivo-general de las normas prohibitivas y de valoración<sup>497</sup>, para ser delito la conducta ha de suponer además capacidad de responsabilidad individual, de atribuibilidad individual, subjetiva, de la conducta desvalorada y prohibida con carácter general<sup>498</sup>. Sólo entonces podrá decirse que el comportamiento pertenece a alguien, que es suyo y que, por lo tanto, de él debe responder<sup>499</sup>, lo cual es una peculiaridad del Derecho Penal que no rige en otras ramas del Derecho, puesto que la utilización de los medios jurídico-penales de aseguramiento pierde su sentido si el hecho y el autor no siguen el mismo camino, es decir, si el hecho no puede ser considerado como obra de su autor<sup>500</sup>.

Ahora bien, por más que la culpabilidad pueda ser hecha valer de acuerdo a concepciones valorativas, de orden moral o ético-social, en cuanto a que, muchas veces, los mandatos y prohibiciones impuestos por el Derecho Penal coinciden ampliamente con las normas de la moral, la culpabilidad moral o ético-social no

---

<sup>497</sup> Dado que la teoría del delito es un sistema de filtros que sirve para que sólo pueda superarlo el poder punitivo que presenta características de menor irracionalidad, la mera existencia de un conflicto criminalizado –el injusto– no es suficiente para afirmar la existencia del delito, cuando no pueda vincularse a un autor en forma personalizada, puesto que la criminalización secundaria lo es de una persona. Para más información véase a Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 650.

<sup>498</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *“Derecho Penal: Parte General”*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 735.

<sup>499</sup> Alfonso Reyes Echandía, *“Obras Completas”*, v. 1, Temis, Bogotá, 1998, p. 203.

<sup>500</sup> Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *“Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 512.

encuentra una base en el Derecho positivo<sup>501</sup>. En este sentido, la culpabilidad penal se refiere a normas jurídicas puesto que se determina, a grandes rasgos, por la ausencia de actitud jurídica interna<sup>502</sup>. Por esta razón, la culpabilidad debe distinguirse del principio *nulla poena sine culpa* o postulado de culpabilidad que mencionábamos antes, pues en realidad se trata de una derivación<sup>503</sup>, y de la culpabilidad en sentido procesal, entendida como la resultante de la presencia de todos los requisitos de la conducta punible y de la prueba de este<sup>504</sup>.

Entendido lo anterior, a continuación expondremos el concepto de la culpabilidad del sujeto como fundamento y límite de la pena, lo cual ya hemos tratado a la hora de limitar el fin de la pena defendido, en cuanto a que éste, como se vio, puede ser criticado por la inflación desmesurada de las penas cuando es mal aplicado, lo cual ha exigido precisar el concepto material en el que se sustenta aquella, es decir, decidir cuál es la razón por la cual se reprocha al sujeto la realización de una acción típica y antijurídica.

Luego, analizaremos la discusión que, desde hace más de cien años, no ha sido agotada todavía: el eterno debate sobre el libre albedrío y las hipótesis sobre el comportamiento humano para fundamentar la imposición de la pena, pasando por el juicio de reproche al autor del delito por haber obrado de una determinada manera, es decir, contra el ordenamiento jurídico, seguido del reconocimiento que

---

<sup>501</sup> Carlos María Romeo Casabona, "Principio de culpabilidad, prevención delictiva y herencia genética", En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 194.

<sup>502</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, "*Tratado de Derecho Penal: Parte General*", Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 449.

<sup>503</sup> El concepto de culpabilidad, en el sentido del derecho de medición judicial de la pena, debe garantizar que la sanción impuesta sea delimitada en su clase y medida por aquellas circunstancias cuya realización pueda ser reprochada en forma personal al autor, mientras que en el principio de culpabilidad no sólo presupone que la persona pueda decidirse libremente sino también que lo puede hacer correctamente -libertad del querer con la capacidad de valorar-, pues de otro modo las decisiones de la persona no podrían estar determinadas por las normas de deber. Para más información véase a Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, "*Tratado de Derecho Penal: Parte General*", Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 445.

<sup>504</sup> Fernando Velásquez Velásquez, "*Fundamentos de Derecho Penal: Parte General*", Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017, p. 519.

el autor podía haber actuado de un modo distinto en la situación concreta -conforme a las exigencias del derecho-, por lo que ha sido libre para tomar la decisión de obrar de uno u otro modo. En resumen, analizaremos el curso evolutivo que ha tenido la culpabilidad hasta llegar a las teorías más recientes, que están ancladas en los postulados de la prevención general.

### **1.1.1 La culpabilidad para la fundamentación y medición de la pena.**

No nos detendremos sustancialmente en este ámbito, puesto que ya lo hemos mencionado en el análisis de la pena y sus fines y, además, lo plantearemos nuevamente al finalizar este acápite. Sin embargo, es prudente recordar que, hasta el momento, con respecto a la pena, el concepto de culpabilidad ha venido cumpliendo dos funciones prácticas diversas que deben separarse estrictamente y valorarse de un modo absolutamente distinto: i) la culpabilidad ha sido fundamento de la teoría de la retribución, puesto que se entendía que la pena era la imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, lo que suponía, lógicamente, la existencia de una culpabilidad que no podía ser compensada (“anulada”, “expiada”); y ii) la culpabilidad es un límite de la pena y del poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena<sup>505</sup>.

Ahora bien, lo que vamos a comenzar a involucrar en este debate es que, en esa estrecha relación entre la culpabilidad y la pena, donde la pena requiere la capacidad de ser motivado -por lo que puede exigirse al autor que tome la norma como motivo (dominante) de su actuar y la ponga en práctica-, para proteger al delincuente de que, por razones puramente preventivas, se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad, también se deriva la exigencia de necesidad de la intimidación general funcional o deontológica<sup>506</sup>. Esto debido a que la imposición de pena al no culpable no es necesaria a efectos de prevención general frente a los

---

<sup>505</sup> Claus Roxin, “Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad”, En: Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 34.

<sup>506</sup> Urs Kindhäuser, *Retribución de la culpabilidad y prevención en el estado democrático de Derecho*, Traducido por: N. Pastor Muñoz, En: Manuel Cancio Meliá & Víctor Gómez-Jara Díez, “*Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*”, v. 2, Madrid, Edisofer, 2006, p. 138.

culpables, ya que no supone merma del efecto inhibitor o intimidatorio de la conminación penal de la persona normalmente motivable y, por la misma razón, es menor la necesidad de prevención general si la culpabilidad está disminuida<sup>507</sup>.

Lo anterior será mejor explicado cuando lleguemos a las teorías que presentan que la culpabilidad -o mejor, la responsabilidad- se debe formular en términos preventivo generales.

Mientras tanto, con independencia de algunas otras precisiones conceptuales, la cuestión decisiva –el verdadero problema básico de la dogmática jurídico penal– sigue siendo saber qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material del reproche de la culpabilidad, es decir, por qué caracterizamos como “culpable” o “no culpable” una conducta ilícita si concurren determinados requisitos positivos y negativos<sup>508</sup>.

### **1.1.2 Concepción psicológica.**

Igual que el resto de la teoría general del delito, la culpabilidad ha experimentado una notable evolución desde el siglo XIX en su concepto, contenido y caracterización, al punto que, actualmente, hay una gran divergencia de concepciones en todos los aspectos conceptuales de la misma, lo que permite la coexistencia de concepciones mayoritarias con otras concepciones muy distintas<sup>509</sup> y, como en el Código Penal colombiano, deja libre su definición al arbitrio del interprete. Es por esto que, para entender a cabalidad el espectro en el que nos movemos y tomar la correspondiente postura antes de enfrentarlo al tipo criminológico específico que estamos estudiando, es fundamental reconstruir el concepto de culpabilidad desde sus inicios dogmáticos.

---

<sup>507</sup> Francisco Muñoz Conde, “Culpabilidad...”, p. 167.

<sup>508</sup> Claus Roxin, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”, En: Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 59.

<sup>509</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, “Derecho Penal: Parte General”, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 737.

En este sentido, a partir de la escuela positiva y la caída de la teoría del libre albedrío que se manejaba en la escuela clásica<sup>510</sup>, se hizo insostenible el concepto de culpabilidad del Derecho natural que se construyó sobre el abuso de aquella<sup>511</sup>. Por esto, en la segunda mitad del siglo XIX –más exactamente en el último tercio-, Beling y Von Liszt como principales representantes del inicial concepto clásico de delito, influenciados por el pensamiento analítico propio de las ciencias naturales en la orientación del concepto general de delito y siendo plenamente coherentes con las premisas metodológicas de impronta naturalista que prevalecen bajo la influencia del positivismo, crearon la denominada “concepción psicológica” o concepto psicológico de la culpabilidad que, notoriamente orientada hacia lo fáctico, responde a la actitud básica del positivismo naturalista, pues parte de una construcción de la teoría del delito dividida en dos partes: i) la parte externa, que se identificó con el objeto de la antijuridicidad; y ii) la parte interna, a la que se le atribuyó la culpabilidad, todo esto con un elemento definidor fundamental que era la causalidad<sup>512</sup>.

Así, en ese sistema bipartito rígido del ilícito, donde se separan y se sitúan los elementos objetivos y subjetivos en categorías o estratos analíticos diferenciados, sin vasos comunicantes entre sí, el predominio del denominado “dogma causal” reduce la culpabilidad a una simple conexión causal subjetiva, simultánea y paralela al nexo de atribución objetiva<sup>513</sup>, en tanto se convierte, de una u otra forma, en el relacionamiento psíquico del autor con el resultado externo de su conducta -una

---

<sup>510</sup> Carlos Guillermo Castro Cuenca, *“Manual de Teoría del Delito”*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2017, p. 52.

<sup>511</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 453.

<sup>512</sup> El injusto se define a partir del concepto de causalidad, como causación de un estado lesivo, la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica, como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto, de tal forma que el delito aparece como el resultado de una doble vinculación causal: la relación de causalidad material, que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de causalidad psíquica, en que consiste la culpabilidad. Para más información véase a Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal: Parte General”*, Reppertor, Barcelona, 2008, 529.

<sup>513</sup> Es una postura causalista en cuanto a que une el resultado con la mente del sujeto y esta unión sólo puede hacerse realidad mediante el dolo y la imprudencia. Para más información véase a Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 349.

relación con el resultado, apreciada desde el prisma causal<sup>514</sup>, renunciando así a la comprensión del contenido esencial de la culpabilidad<sup>515</sup>.

Por lo tanto, en caso de que el nexo psíquico que une al autor con el hecho fuese la voluntad -o incluso intención-, es decir, que el autor quiere la acción en sí (voluntad) o que, según otros, conoce o puede conocer que puede producir el hecho típico (conocimiento o previsión o al menos cognoscibilidad, previsibilidad)<sup>516</sup>, habrá una mayor intensidad en el nexo de unión y, por consiguiente, habrá dolo<sup>517</sup>, pues la acción está encaminada hacia ese fin<sup>518</sup>.

Ahora bien, como se puede deducir, si se basa la culpabilidad en un nexo psicológico entre el autor y la conducta, no se podía explicar con certeza la imprudencia ni las causas de exculpación que no excluyen el dolo<sup>519</sup>, debido a que: i) en la imprudencia -inconsciente al menos- no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión, puesto que se caracteriza por falta de representación de su posibilidad y/o el desconocimiento del peligro<sup>520</sup>; y ii) en ciertas causas de exculpación, como el estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable o en las inimputabilidades, subsiste el dolo, puesto que concurre el nexo psicológico entre el resultado y su autor, pero

---

<sup>514</sup> Gonzalo D. Fernández, La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad, En: Reinhard Frank, *"Sobre la estructura del concepto de culpabilidad"*, Traducido por: G. E. Aboso & T. Löw, B de F, Buenos Aires, 2000, p. 15.

<sup>515</sup> Después de concebir el delito como una acción antijurídica y culpable conminada con una pena, se definió la culpabilidad en sentido amplio como la responsabilidad del autor por el acto ilícito realizado, mientras que en un sentido estricto dijo que era la relación subjetiva entre el acto y el autor, por lo cual añadió que ella solo puede ser psicológica. Para más información véase a Fernando Velásquez Velásquez, *"Fundamentos de Derecho Penal: Parte General"*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017, p. 528.

<sup>516</sup> Al respecto no se enfatizará en esta oportunidad en cuanto a que no es relevante para la investigación y que ya se ha analizado en otra oportunidad. Para más información véase a Juan Felipe Daza Lora, *"Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?"*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2018.

<sup>517</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 737.

<sup>518</sup> Alfonso Reyes Echandía, *"Obras Completas"*, v. 1, Temis, Bogotá, 1998, p. 204.

<sup>519</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *"Tratado de Derecho Penal: Parte General"*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 453.

<sup>520</sup> Leticia Jericó Ojer, óp. cit., p. 350.



se habla de ausencia de culpabilidad<sup>521</sup>. Adicional a esto, en buena medida se limita a emitir juicio sobre la acción en cuanto pertenece al autor, sin decir por qué debe responder de ella y parte de una relación psíquica entre el agente y el resultado de su conducta que no es realmente graduable, por lo que impide graduar el dolo o la culpa<sup>522</sup>.

### 1.1.3 Concepción normativa.

Las críticas efectuadas a la concepción psicológica de la culpabilidad, con las cuales finalizamos el anterior acápite, hicieron que la pretendida culpabilidad psicológica fuese una teoría de la imputación subjetiva que presumía de su carácter puramente descriptivo y que no permitía cuantificación alguna de la pena, lo que la hacía, sin más reparos, un concepto que imponía una necesaria disociación entre la teoría del delito y de la pena<sup>523</sup>.

Por esta razón, a principios del siglo XX, en un contexto cultural de superación del naturalismo positivista y de sustitución por la metodología neokantiana propia del llamado “concepto neoclásico de delito”, donde no se trataba de describir realidades naturalísticas, externas o internas, sino de comprender el significado valorativo de los conceptos jurídicos, la culpabilidad dejó de considerarse un hecho psíquico y comenzó a explicarse como un juicio de reproche por la realización del hecho antijurídico cuando era exigible obrar conforme a derecho<sup>524</sup>.

Ahora bien, fue Frank, a quien se ha calificado como un autor ecléctico, situado a mitad de camino entre la escuela clásica del positivismo jurídico –orientada por Binding- y la nueva escuela sociológica liderada por Liszt<sup>525</sup>, el que en 1907

---

<sup>521</sup> Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal: Parte General”*, Reppertor, Barcelona, 2008, 530.

<sup>522</sup> Alfonso Reyes Echandía, *“Obras Completas”*, v. 1, Temis, Bogotá, 1998, p. 204.

<sup>523</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 660.

<sup>524</sup> Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal: Parte General”*, Reppertor, Barcelona, 2008, 531.

<sup>525</sup> Gonzalo D. Fernández, La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad, En: Reinhard Frank, *“Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”*, Traducido por: G. E. Aboso & T. Löw, B de F, Buenos Aires, 2000, p. 16.

enriqueció el contenido del elemento subjetivo del ilícito, introduciéndole el pensamiento normativo más allá del dolo y de la culpa, a los cuales denomina “circunstancias concomitantes”<sup>526</sup>, y planteó la posibilidad de hacerle, al autor, un reproche individual por su acción desde valoraciones y criterios normativos como caracterización de la culpabilidad, es decir, un juicio de valor basado en el mandato de la norma sobre la parte interna del hecho<sup>527</sup>.

Así entonces, como se puede ver, es aquí donde cobra importancia la noción de “reprochabilidad” (“*Vorwerfbarkeit*”) del hecho al sujeto -de la que hablábamos cuando buscábamos aclarar la definición de la misma-, puesto que, el concepto de reprochabilidad aparece para nosotros como un breve resumen de cada uno de los distintos elementos de la culpabilidad, dado que, aunque no tiene valor en sí mismo sino solamente en referencia a lo que se quiere caracterizar<sup>528</sup>, mediante la vía analítica se llega a la posibilidad de imputarle a un sujeto culpabilidad por la realización de una conducta prohibida<sup>529</sup>.

Por lo anterior, cuando Frank enunció directamente la idea de una culpabilidad normativa personalizada, el contenido de la culpabilidad, que coincide con el concepto neoclásico de delito, estaba estructurado sustancialmente igual a la concepción psicológica con: i) la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; ii) las “formas de la culpabilidad”, o sea, el dolo o la imprudencia; y iii) la ausencia de causas de exculpación<sup>530</sup>, pero se complementó con elementos normativos como la infracción de la norma de determinación (o de deber)<sup>531</sup>,

---

<sup>526</sup> Reinhard Frank, “*Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*”, Traducido por: G. E. Aboso & T. Löw, B de F, Buenos Aires, 2000, p. 40.

<sup>527</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, “*Derecho Penal: Parte General*”, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 739.

<sup>528</sup> Reinhard Frank, “*Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*”, Traducido por: G. E. Aboso & T. Löw, B de F, Buenos Aires, 2000, p. 40.

<sup>529</sup> Gonzalo D. Fernández, La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad, En: Reinhard Frank, “*Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*”, Traducido por: G. E. Aboso & T. Löw, B de F, Buenos Aires, 2000, p. 19.

<sup>530</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, “*Derecho Penal: Parte General*”, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 739.

<sup>531</sup> El elemento constitutivo de la culpabilidad no puede ser un nexo psicológico entre el mundo de los sentimientos del autor y el resultado típico, sino otra cosa, cual es el juicio del entorno; según éste, el autor se ha comportado infringiendo sus deberes, no obstante que, en su posición, se le podía exigir fidelidad a la ley: la culpabilidad es reprochabilidad del ilícito típico. Para más información véase a

entendida como imperativo personal, contrapuesta a la infracción de la norma de valoración (o de derecho) que constituía el injusto<sup>532</sup>, de tal forma que afecta al autor debido a su relación con su acción y justifica el desencadenamiento del mal constituido por la pena<sup>533</sup>.

Entendido lo anterior, en pocas palabras, lo que justifica la aplicación del mal de la pena es el reproche formulado al autor concreto porque, en sus capacidades y facultades individuales, tuvo una motivación contraria a deber y no actuó conforme a Derecho, es decir, se decidió en favor del injusto aun cuando podía comportarse y decidirse en favor del Derecho<sup>534</sup>, lo que sitúa en un primer plano la evaluación interna del autor con su hecho.

El problema aquí es que se llega a confundir, quizás de manera ilógica, la reprochabilidad de la conducta del actor con el juicio de reproche que se le formula respecto de su comportamiento antijurídico pues, aun admitiendo que fuese un juicio de reproche, surge el problema de saber a quién corresponde emitirlo: al propio autor del hecho -la existencia de la culpabilidad estaría condicionada al

---

Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *"Derecho Penal: Parte General"*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 520.

<sup>532</sup> Lo anterior no significa que el dolo y la culpa no sigan considerándose en la culpabilidad, sino sólo que dejan de verse como la culpabilidad (como sus especies), para pasar a constituir elementos necesarios pero no suficientes de la culpabilidad. Puede concurrir el dolo y faltar la culpabilidad, lo que sucede cuando existe una causa de exculpación, porque entonces el dolo no es reprochable en atención a las "circunstancias concomitantes". Por otra parte, la culpabilidad imprudente puede concurrir sin necesidad de una efectiva relación psicológica, como ocurre en la culpa inconsciente: lo decisivo es que la conducta sea reprochable y en la culpa inconsciente lo es porque el sujeto actúa sin cumplir el deber de advertir el peligro. Del mismo modo que el concepto neoclásico de delito no abandonó el concepto causal de acción, sino que se limitó a entenderla en términos valorativos, mantuvo para la culpabilidad el contenido sistemático propio del causalismo. Para más información véase a Santiago Mir Puig, *"Derecho Penal: Parte General"*, Reppertor, Barcelona, 2008, 531.

<sup>533</sup> Sólo un individuo es capaz de culpabilidad, de modo que, para ser consecuentes con ello, no únicamente la medida de reproche, sino también su fundamentación, debería basarse en el poder, es decir, en las fuerzas y capacidades individuales del autor concreto. Para más información véase a Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *"Derecho Penal: Parte General"*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 516.

<sup>534</sup> Reinhart Maurach, *"Tratado de Derecho Penal"*, Traducido por: Juan Córdoba Roda, T. II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 14.

criterio del mismo delincuente, lo que resulta absurdo- o al juez, en cuyo caso vendría a identificarse con el juicio de antijuridicidad<sup>535</sup>. Adicional a esto, se encierra en un problema de situación, dado que, aunque se desee un reproche específicamente jurídico, incluso derivado bajo determinadas circunstancias exclusivamente del Derecho Penal y limitado a esta rama del derecho, lo cierto es que depende de representaciones valorativas extrajurídicas, como lo son las exigencias de la ética o de la seguridad pública<sup>536</sup>, lo cual, como vimos en el segundo capítulo, se traduce en serios problemas aplicativos y más cuando se tienen delitos por convicción.

#### **1.1.4 Concepción “puramente” normativa.**

Dado que, como se vio, la concepción normativa de la culpabilidad falla, entre otras, porque no estaba en condiciones de aprehender a la culpabilidad como un juicio puro de valor, el finalismo propuso su propia teoría de la culpabilidad, en la que buscaban, particularmente, evitar la incompatibilidad de metas separando los diversos elementos hasta ahora consagrados en la culpabilidad, por ser distintos en su origen y método, al punto que no pueden constituir *conditio sine qua non* de la misma<sup>537</sup>.

Así, pensando en separar, en la medida de lo posible, ese elemento psicológico de la culpabilidad, Welzel, basado en el concepto final de acción, entiende que el dolo y la culpa no son formas de culpabilidad puesto que, en realidad, son formas de conducta humana, por lo que desplaza al dolo del ámbito de la culpabilidad al del injusto -entendiendo por injusto la conducta típica y antijurídica- y, en lo que él y la escuela finalista llaman una teoría normativa pura o “puramente” normativa, esgrime la culpabilidad como el juicio de valor sobre una especie fáctica síquica

---

<sup>535</sup> Alfonso Reyes Echandía, “Obras Completas”, v. 1, Temis, Bogotá, 1998, p. 205.

<sup>536</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, “Tratado de Derecho Penal: Parte General”, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 453.

<sup>537</sup> Reinhart Maurach & Heinz Zipf, “Derecho Penal: Parte General”, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 522.

(presente o ausente)<sup>538</sup>, es decir, la reprobación de la decisión de realizar el hecho (cuando la conducta es dolosa) o por no haber evitado el evento mediante una actividad finalísticamente regulada (cuando es imprudente), asentándolo en la falta del cuidado objetivo requerido para evitar el resultado<sup>539</sup>.

De esta manera, la teoría del delito adquiriría una nueva estructura, pues la culpabilidad estaría integrada únicamente por: i) la exigibilidad de una conducta conforme a la ley; ii) la imputabilidad de su autor; y iii) la posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado<sup>540</sup>.

Con esto, lo cual es meritorio, no sólo se introdujo el concepto final de la acción humana en el ámbito del Derecho Penal, sino que se intentó dar una explicación sistemática a un concepto debatido dentro de la teoría del delito<sup>541</sup>. No obstante lo anterior, esto no ha estado libre de críticas, puesto que:

i) aunque puso de relieve que la conducta delictiva debe entenderse en sentido finalístico, lo cierto es que el comportamiento humano no se desarrolla con la misma lógica de un planteamiento matemático, puesto que, en la vida real, muchas veces el hombre actúa sin una clara y precisa finalidad y, en cambio, lo hace sin anticipar mentalmente los medios que habrán de

---

<sup>538</sup> La culpabilidad es el fracaso del autor en relación a la vinculación interna del autor con la norma. Pero cuando el obligado por la norma jurídica contrapone en su conciencia otra obligación opuesta, resulta que chocan en su persona dos pretensiones obligatorias contradictorias entre sí. Para más información véase a Hans Welzel, *"Parte General..."*, p. 247.

<sup>539</sup> Alfonso Reyes Echandía, *"Obras Completas"*, v. 1, Temis, Bogotá, 1998, p. 206.

<sup>540</sup> Fernando Velásquez Velásquez, *"Fundamentos de Derecho Penal: Parte General"*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017, p. 532.

<sup>541</sup> Sus componentes son acontecimientos puramente valorativos. La capacidad de imputabilidad incluye el juicio acerca de la capacidad general de motivación del autor; de la posibilidad de la conciencia de la ilicitud se extrae la conclusión de que el autor imputable pudo también, en el caso concreto, reconocer que su conducta atentaba contra la comunidad; por último, la exigibilidad de la conducta adecuada al derecho priva al autor de la posibilidad de invocar el haberse enfrentado con una situación coactiva excluyente de todo reproche. Cada uno de estos componentes contiene un juicio de desaprobación con características propias; en su actuación conjunta, ellas constan que el autor no satisfizo las exigencias del derecho, lo cual debe serle atribuido. Para más información véase a Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *"Derecho Penal: Parte General"*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 525.

conducirlo a la meta o se le escapan sus efectos concomitantes<sup>542</sup>, lo cual se soslaya si entendemos acción final por acción controlada por el sujeto;

ii) el fundamento material de esta teoría, es decir el reproche de culpabilidad, presupone la asunción de que el autor habría podido evitar el resultado que se le reprocha como injusto, por lo que no es otra cosa que el libre albedrío una vez más, en cuanto a que es la libertad que tiene el individuo de actuar en un sentido o en otro, o, en definitiva, el poder de actuar de otro modo<sup>543</sup>.

iii) con la expulsión del dolo y la imprudencia de su seno, se desnaturaliza el concepto de culpabilidad porque la reduce a la reprobabilidad sobre la acción típicamente antijurídica, por lo que, con el mismo argumento, habría de concluirse que también la antijuridicidad y la tipicidad –en cuanto a adecuación típica y particular frente a ingredientes normativos y subjetivos– constituyen juicios valorativos<sup>544</sup>. Sin mencionar que se hace imposible una concepción unitaria del dolo eventual, pues quedan separados los aspectos objetivo (elemento cognoscitivo) y subjetivo del delito (elemento volitivo)<sup>545</sup>.

iv) el que se construya la culpabilidad a partir de antecedentes normativos es demasiado estrecho pese a su complejidad, dado que debe, también, abarcar las consecuencias de la innegable tensión del ser humano en cuanto personalidad individual y, simultáneamente, de miembro de la comunidad sujeto a obligaciones sociales, puesto que, visto desde el enlace social del autor, el ordenamiento jurídico puede admitir excepciones a este “tener que

---

<sup>542</sup> Alfonso Reyes Echandía, *“Culpabilidad”*, Temis, Bogotá, 1988, p. 19.

<sup>543</sup> Urs Kindhäuser & Juan Pablo Mañalich, óp. cit., p. 214.

<sup>544</sup> Para el finalismo la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico. Todo el objeto del reproche se encuentra en el injusto. En la culpabilidad quedan sólo las condiciones que permiten atribuirlo a su autor. Para más información véase a Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal: Parte General”*, Reppertor, Barcelona, 2008, 532.

<sup>545</sup> Fernando Velásquez Velásquez, *“Fundamentos de Derecho Penal: Parte General”*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017, p. 532.

responder”, cuando, a pesar de no poder certificar al autor la licitud de su actuación, tampoco necesite recurrir a sus facultades individuales<sup>546</sup>.

Con respecto a la segunda crítica, la cual es acerca de la relación de los postulados de la teoría con el libre albedrío, algo que también ya habíamos visto levemente en esa redefinición de la reprochabilidad, Zaffaroni dice que es una crítica desatinada porque en realidad la concepción “puramente” normativa poco o nada tiene que ver con un libre albedrío<sup>547</sup>, a lo cual Reyes Echandía se adhiere siempre y cuando la culpabilidad no se transforme en juicio de reproche, pues confundir el juicio de reproche con la conducta que se reprocha o con el hombre que las realiza es tomar el efecto por su causa, es decir, confundir el fenómeno con la declaración de su existencia<sup>548</sup>.

Frente a la totalidad de las críticas realizadas, pero particularmente sobre la cuarta y última, donde se muestra la necesidad de descubrir un concepto amplio de responsabilidad que se adapte a los objetivos del Derecho Penal en mayor grado que el concepto de culpabilidad propio de la teoría tradicional, excesivamente estrecho pese a su complejidad, Maurach propone encontrar un criterio de atribución personal del acto que pueda abarcar la responsabilidad del autor tanto por la pena –que presupone la culpabilidad- como por las medidas de seguridad y de corrección independientes de la culpabilidad<sup>549</sup>.

Para esto, trae, con una base general de responsabilidad, el concepto de atribuibilidad, en el que se debe contener un expreso juicio de desvalor sobre el autor sin que se grave al sujeto con el reproche del poder actuar de modo distinto<sup>550</sup>.

---

<sup>546</sup> Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *“Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 537.

<sup>547</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 672.

<sup>548</sup> Alfonso Reyes Echandía, *“Culpabilidad”*, Temis, Bogotá, 1988, p. 25.

<sup>549</sup> Reinhart Maurach, *“Tratado de Derecho Penal”*, Traducido por: Juan Córdoba Roda, T. II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 31.

<sup>550</sup> Por atribuibilidad de una acción debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del Derecho. La atribuibilidad, si bien constituye siempre un juicio de desvalor, no representa necesariamente también un juicio de reproche. No se da un reproche contra todas las categorías de autores sometidos a los recursos

Con esto en mente, aunque perfectamente habríamos podido finalizar el análisis de la concepción puramente normativa, puesto que la noción que plantea Maurach merece su título propio, lo cierto es que no estamos ante la introducción de una nueva etapa en la construcción delictiva, sino que se trata de una reorganización dentro de la tercera de dichas etapas, manteniendo en buena medida el pensamiento finalista pero separando las circunstancias que provienen de la vinculación social general de toda persona, que siguen criterios generalizadores, de los elementos que se refieren a la capacidad concreta de responsabilidad de cada individuo.

Esto significa que, en pocas palabras, el tercer estadio en la construcción delictiva, la atribuibilidad ( $T + A + At = RP$ ), debería dividirse en dos escalones: i) la posibilidad de responder por el acto propio en tanto las circunstancias objetivas del acto han permitido una motivación por parte del autor, lo que se conoce como la responsabilidad por el hecho ( $RH$ ), en la que se compara la conducta del autor con lo exigible al término medio de población, pero que aún no es el reproche sino sólo una desaprobación —ésta se excluye cuando se dan las situaciones de motivación anormal<sup>551</sup> como el estado de necesidad o el miedo insuperable<sup>552</sup>; y ii) el reproche ( $Re$ ) personalizado que toma lo que el agente en concreto pudo hacer, es decir, la desaprobación que se pronuncia al averiguar que el autor se encontraba en situación

---

jurídico-penales. Tan sólo puede hacerse un reproche al sujeto de quien cabe esperar una conducta adecuada a la norma. La atribuibilidad únicamente pone de relieve que el acto “debe ser atribuido (al autor) como suyo”. Para más información véase a Reinhart Maurach, *“Tratado...”*, p. 33.

<sup>551</sup> Diversas posiciones de la época moderna acuden a la posición que desde una perspectiva determinista, rechazando la libertad, sostuvo Von Liszt de que la base material de la “responsabilidad”, o sea la imputabilidad y la culpabilidad, es la “determinabilidad o posibilidad de determinación normal por motivos” (entre otros amenazas penales) y que no hay imputabilidad y culpabilidad en quien reacciona a los motivos de modo anormal, distinto del hombre medio normal. La posibilidad o capacidad individual de determinación por motivos o de motivación, o al menos motivación normal, es un concepto se supone que empírico, constatable sociológicamente en los sujetos normales, y no implica (des)valoración normativa. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *“Derecho Penal: Parte General”*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 741.

<sup>552</sup> La responsabilidad por el hecho de Maurach quiere decir “tener que responder”, es decir, significa responsabilidad y, teniendo en cuenta que sólo es posible responder por un hecho propio en la medida que las circunstancias objetivas hayan permitido una determinada posibilidad de motivación del autor. Para más información véase a Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *“Parte General...”*, p. 542.



de conocer el alcance de su acto y de orientar su voluntad conforme a ese conocimiento –se eliminaría, al menos parcialmente, por la inimputabilidad y el error de prohibición-<sup>553</sup> (“At = [RH + Re]”).

El problema con esta corrección -o nueva fundamentación si se quiere- de la concepción finalista de la culpabilidad, donde aparece el delito como un injusto atribuible y donde se establece que, para determinar si el autor, mediante la comisión de una conducta típica, no se ha comportado conforme a las exigencias del Derecho, se debe pasar por dos instancias distintas, es que, en realidad, no hay causa que excluya la culpabilidad que no sea susceptible de dejar un remanente de autodeterminación desechable por no alcanzar el umbral mínimo de reproche jurídico <sup>554</sup>. Esto significa que, por más que separemos las instancias del tercer estadio de la construcción del delito, volvemos al punto de inicio.

#### **1.1.5 Los modelos de la culpabilidad funcional preventivista.**

En este recorrido histórico, pese a las diferentes concepciones que se han sustentado, hemos visto que, en buena medida, como se anticipó, existe consenso en entender que, además de la antijuridicidad como juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, el delito requiere la posibilidad de imputación de ese hecho desvalorado a su autor, por lo que la teoría del delito se apoya sobre estos dos pilares básicos: i) un hecho prohibido (antijuridicidad – “A”) y ii) su atribuibilidad a su autor (culpabilidad – “C”)<sup>555</sup>.

Ahora bien, aún hoy es opinión dominante la noción “puramente” normativa de la culpabilidad, la cual, como vimos y criticamos, requiere que el autor al momento del

---

<sup>553</sup> La simple desaprobación del autor no le basta. Exige además la formulación de un reproche al autor. La relación entre responsabilidad por el acto y la culpabilidad es la misma a la que media entre desaprobación y reproche. El reproche supone algo más que la simple desaprobación. Requiere también algo más en el autor: exige del sujeto la capacidad de poder actuar conforme a Derecho. Para más información véase a Reinhart Maurach, “*Tratado...*”, p. 35.

<sup>554</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, “*Derecho Penal: Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 672.

<sup>555</sup> Santiago Mir Puig, “*Derecho Penal: Parte General*”, Reppertor, Barcelona, 2008, 534.

hecho haya podido actuar de otra manera, por lo que se le formula al autor un reproche por no haber seguido la norma a pesar de que habría podido hacerlo. Esto, como vimos, después de años de debate, muestra que en nuestra cultura se ve en la libertad del ser humano el fundamento de su responsabilidad, dado que perdura la afirmación de que la culpabilidad presupone la libertad<sup>556</sup>.

Con esto, al seguir basando la atribución de la conducta a su autor en la posibilidad de actuar de otra forma, lo cual, como también vimos, resulta imposible de demostrar científicamente y deja completamente de lado la dimensión de significado social, se considera al autor de un modo naturalista meramente como hombre, cuando debería tenerse socialmente como persona para que sea razonable pensar que la conducta humana sí se halla determinada por la concurrencia de distintos factores –como por ejemplo las convicciones– que concurren en el proceso de motivación racional<sup>557</sup>.

Por esta razón, en la búsqueda de convertir a la culpabilidad en un concepto jurídico y dejar de lado la noción de culpabilidad como ficción necesaria para el Estado (justificada–parcialmente– en que la reprochabilidad individual opera sólo en favor del autor ya que consigue impunidad de las acciones inculpables y fija el límite superior de la medida de la pena)<sup>558</sup>, en los años 70's en Alemania, el lazo entre el

---

<sup>556</sup> Fernando Jorge Córdoba, “La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad”, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 176.

<sup>557</sup> La infracción personal de una norma de determinación permite imputar la antijuridicidad penal a su autor, pero ello no basta para considerar adecuada la imposición al mismo de una pena. Ésta no recae directamente sobre el hecho, sino sobre su autor, de modo que para que resulte legítima no basta un hecho penalmente antijurídico y concretamente antinormativo, sino que es preciso que su autor aparezca como un sujeto idóneo para responder penalmente. He aquí el significado de la responsabilidad penal del sujeto como último presupuesto de un hecho punible a su autor pues para la responsabilidad penal no basta cualquier posibilidad de acceder a la norma, sino que dicho acceso tenga lugar en condiciones de normalidad motivacional. Para más información véase a Santiago Mir Puig, “*Derecho Penal: Parte General*”, Reppertor, Barcelona, 2008, 539.

<sup>558</sup> Roxin se pronunció ya en 1970 acerca del carácter obsoleto de una concepción de la culpabilidad como requisito de la fundamentación de la pena en el sentido de reprochabilidad individual, desarrollando una nueva concepción dogmática de la categoría culpabilidad, según la cual las denominadas causas de exclusión de la culpabilidad (como el error de prohibición, el estado de necesidad exculpante o el exceso en la legítima defensa) no se basan en un no poder actuar de otro

injusto y pena se fue construyendo en dependencia de necesidades sociales derivadas de las teorías de los fines de la pena<sup>559</sup>, en el entendido que debe computarse la necesidad preventiva de pena sobre la base de criterios teleológicos de raíz político-criminal<sup>560</sup>.

Esto significa que se abrió una discusión de gran calado en la dogmática de la culpabilidad sobre si se debe distinguir de modo estricto entre “culpabilidad en la medición de la pena”, como cosas distintas, o si, por el contrario, se debe considerar que esta última no es sino una ampliación de aquella<sup>561</sup> en tanto las intervenciones punitivas en caso de injusto sólo se justifican político-criminalmente, o sea, en función de una simple necesidad preventiva<sup>562</sup>.

---

modo, sino en razones político-criminales, ya que incluso la lesión de un bien jurídico evitable para el autor solo se sanciona cuando ello es preciso por razones preventivo-generales para el mantenimiento de la fidelidad de la población. Por lo tanto, según esta concepción, la conclusión es que la categoría dogmática tradicional de la culpabilidad ha de completarse a través de la exigencia de una necesidad preventivo-general de la pena. Para más información véase a Eduardo Demetrio Crespo, *“Culpabilidad y fines de la pena: Con especial referencia al pensamiento de Roxin”*, Lima, Grijley, 2008, p. 49.

<sup>559</sup> La no motivabilidad por la norma y la exclusión de necesidades de prevención general hace que resulte adecuada la renuncia a sanciones jurídico-penales con total independencia de si se atribuye o no al hombre por principio la capacidad de actuar de otro modo. La teoría del fin de la pena explica sin dificultad por qué el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción, pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por ello existe; porque, aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico-penal de consideraciones preventivas. Para más información véase a Claus Roxin, *“Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”*, En: Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 77.

<sup>560</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 668.

<sup>561</sup> Desde la prevención general existe la posibilidad de buscar el fundamento de la imputación personal en la necesidad de la pena que existe ante los sujetos normales, dejándolo concurrir respecto de quienes actúan en alguno de los supuestos tradicionalmente incluidos entre las causas de exclusión de la culpabilidad. Para más información véase a Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal: Parte General”*, Reppertor, Barcelona, 2008, 539.

<sup>562</sup> El modelo constitucional imperante en nuestros países impone el máximo desarrollo de los derechos y libertades fundamentales. Compete, pues, a los poderes públicos minimizar los ataques a esos derechos, representados paradigmáticamente por el delito, implementando estrategias preventivas. Prevención y garantías son, así, dos referencias ineludibles para la actuación de los

Con esto en mente, pasaremos a exponer y analizar las posturas que abandonan el concepto tradicional de la culpabilidad como un fenómeno individual aislado que sólo afecta al autor del hecho antijurídico<sup>563</sup> y, en cambio, evitando entrar en un mundo subjetivo para llegar a un pronunciamiento sobre la culpabilidad y basándose en la necesidad de garantizar un nivel mínimo de orden, manejan un concepto funcional de culpabilidad, puramente descriptivo, que se subordina al objetivo de prevención general<sup>564</sup>.

Estas corrientes funcionales preventivistas son, formalmente, dos modelos: i) el modelo complementario o teleológico de Roxin, en el que la culpabilidad constituye un límite a la prevención; y ii) el modelo de reemplazo de Jakobs, en el que directamente se prescinde la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita a sí misma<sup>565</sup>.

En primer lugar, para hablar del modelo complementario de Roxin, es prudente mencionar que éste se caracteriza, principalmente, porque sustituye el concepto de culpabilidad, que sólo puede significar que el autor ha actuado ilícitamente, es decir, que decide sobre el problema de si, a la luz del Derecho Penal, una conducta es o no es “ajustada a las reglas”, por la categoría de la responsabilidad<sup>566</sup>, como tercera

---

poderes públicos, tanto del legislativo como del judicial. La integración de consideraciones político-criminales en la construcción sistemática del delito y en la atribución de contenido a sus categorías, es, hoy, regla general. Para más información véase a Juan María Terradillos Basoco, “Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español”, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 228.

<sup>563</sup> Francisco Muñoz Conde, “Culpabilidad...”, p. 166.

<sup>564</sup> Juan María Terradillos Basoco, “Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español”, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 231.

<sup>565</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, “*Derecho Penal: Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 671.

<sup>566</sup> Claus Roxin, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”, En: Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 72.

categoría del delito <sup>567</sup>, en el que la culpabilidad aparece como condición indispensable de la imposición de penas, que, además, han de quedar justificadas por necesidades preventivas<sup>568</sup>.

Así entonces, dado que, como podemos recordar de los fines de la pena –y más puntualmente la intimidación funcional-, la norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos, por lo que lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles sino que la norma penal le motive con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos haceres posibles, para Roxin, para que el autor sea culpable, es decir, para que se le pueda atribuir a un sujeto la acción cometida por él, en ese esquema de responsabilidad, la culpabilidad tendrá que ser esa capacidad para reaccionar frente a exigencias normativas<sup>569</sup>, es decir, la culpabilidad es que le

---

<sup>567</sup> Cabe mencionarse que esta definición de responsabilidad difiera de la teoría de la responsabilidad por el hecho de Maurach, pues, aunque sea un antecedente de la de Roxin no sólo en el nombre sino en el significado de intentar solucionar los supuestos de eximentes que no se explican bien como causas de justificación ni de inculpabilidad, Maurach propone resolverlos con una categoría no posterior a la culpabilidad, sino justo anterior a ella, dado que la situación y la conducta ciertamente no es correcta, sigue habiendo injusto, pero es “a la vista de la naturaleza humana general-si generalmente excusable, no sólo individualmente disculpable”. Por esta razón, las consecuencias son que, de modo similar a la exclusión de la tipicidad o la antijuridicidad, no se castiga tampoco la participación (inducción o cooperación) y no se aplicarán ni penas ni medidas de seguridad. Sin embargo, tal categoría que propuso Maurach difiere de la posteriormente ideada por Roxin, por una parte, en la bastante diferente fundamentación de la impunidad (donde no se alude a consideraciones preventivas) y, por ello, en el número de supuestos a los que se aplica, limitado a las escasas eximentes indicadas y no como en la concepción roxiniana al conjunto de las normalmente consideradas causas de inculpabilidad y, por otra parte, en que, debido a su ubicación sistemática anterior a la culpabilidad, las consecuencias de la exclusión de la responsabilidad por el hecho, impunidad de la participación y no aplicación de medidas de seguridad, son distintas de las de la no culpabilidad y más parecidas a las de exclusión de la tipicidad y la antijuridicidad. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *“Derecho Penal: Parte General”*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 751.

<sup>568</sup> Juan María Terradillos Basoco, “Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español”, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 237.

<sup>569</sup> Francisco Muñoz Conde, “Introducción”, En: Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 34.

sean psíquicamente accesibles al sujeto posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la llamada de la norma<sup>570</sup>.

Por ende, la responsabilidad del sujeto no ha de versar sólo sobre la concurrencia de los requisitos del reproche de culpabilidad, sino también sobre la concurrencia de los requisitos jurídico-penales<sup>571</sup>, de tal forma que cualquier alteración esencial de esa facultad de motivarse en los postulados de la pena –necesidad preventiva de sanción-, ya sea de origen social, psicológico, político o económico, deberá determinar la exclusión o, si alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución<sup>572</sup>. Con esto, la culpabilidad como límite máximo de la pena no implicaría una pérdida de eficacia preventivo general porque la pena

---

<sup>570</sup> Roxin añade que la accesibilidad normativa y consiguiente culpabilidad “parte de” la base de que “el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme una norma”, porque “se lo trata como libre”, o sea, porque hay una “suposición de libertad”, que “es una aserción normativa” o premisa, suposición o disposición normativa, y ya hemos visto que, aunque sigue señalando que la libertad en el caso concreto es indemostrable experimentalmente, la fundamenta doblemente: en el dato empírico-sociológico de la aceptación y convicción social general de la existencia de libertad, en la que descansa la organización social, y la recepción jurídica y constitucional casi universal de esa convicción. Con lo cual, su concepción es predominantemente normativa, aunque también con fundamentos empíricos, por tanto mixta, empírico-normativa. Hay que subrayar que la accesibilidad “parte de la libertad”, por tanto accesibilidad a la norma no significa sólo que el sujeto puede conocer y comprender el mandato, normalmente prohibición, de la norma penal y percibir la prohibición y la amenaza de pena como posible motivación de su conducta, sino que significa además que el sujeto normal puede, es libre de, si quiere, determinarse según la norma, es decir, decidir y actuar de otro modo a como actuó, actuar de modo lícito en vez de ilícito; por tanto la accesibilidad normativa de Roxin equivale materialmente al criterio de la libre capacidad de autodeterminación. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *“Derecho Penal: Parte General”*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 748.

<sup>571</sup> Juan María Terradillos Basoco, “Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español”, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 237.

<sup>572</sup> Para Roxin, la culpabilidad es el merecimiento de pena, toda vez que cuando alguien, por cualquier razón, no puede evitar el injusto típico que ha realizado, no tiene objeto castigarlo, lo que parece incuestionable, toda vez que en cualquier teoría de la pena no puede pretenderse castigar una culpabilidad inexistente. Para más información véase a Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 668.

adecuada a la culpabilidad produce un efecto integrador<sup>573</sup> y el límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad puede ser rebajado, incluso hasta la no ejecución de la pena, por razones de prevención especial, sin que sufra merma la prevención de integración en ciertos casos<sup>574</sup>.

Con la culpabilidad así entendida, pese a la existencia de accesibilidad normativa, para agotar la cuestión de la posible responsabilidad penal individual debe examinarse la necesidad preventiva de la pena, que es donde se deben analizar las causas de exclusión de la responsabilidad pues, ya sea que estemos ante un estado de necesidad, un sujeto inimputable o un error de prohibición invencible, siempre se tratará de un caso en el que no se hace necesaria, de manera preventiva –general o especial-, la pena<sup>575</sup>.

Con esto, Roxin hace de las teorías de la pena una sede fructífera del debate dogmático en tanto contribuyen a la solución político-criminalmente satisfactoria de muchos problemas, por ejemplo, en el ámbito del estado de necesidad exculpante, el estado de necesidad justificante supralegal, el desistimiento, entre otros, con lo que enfoca su modelo teleológico-político criminal a la reivindicación elemental de los fines de la pena para construir un sistema penal orientado a las consecuencias en el que se incorporen criterios axiológicos que han de ser desarrollados en la materia

---

<sup>573</sup> Es menor la necesidad de prevención general si la culpabilidad está disminuida. Si en un momento histórico se consideró, por ejemplo, que el enfermo mental, el menor de dieciséis años o el que actúa en error inevitable de prohibición no eran culpables por los hechos cometidos y, por tanto, no deberían ser castigados con una pena, ello no se hizo para debilitar la prevención general y las motivaciones inhibitorias emanadas de la prohibición pena, sino precisamente por lo contrario, porque el efecto intimidatorio general se robustecía al declarar no culpables a unos pocos de los que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando la necesidad de cumplimiento para los demás, que son la mayoría que no se encuentra en dicha situación. Para más información véase a Francisco Muñoz Conde, "Introducción", En: Claus Roxin, Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 29.

<sup>574</sup> Mercedes Pérez Manzano, "Aportaciones...", p. 76.

<sup>575</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, "Derecho Penal: Parte General", B de F, Buenos Aires, 2016, p. 749.

jurídica<sup>576</sup>. Sin embargo, también es fructífera en tanto conduce a una nueva concepción de la categoría delictiva tradicionalmente designada como culpabilidad ("C") pues trae consigo la idea de que si la pena tiene una finalidad preventiva la culpabilidad del autor no es suficiente para su imposición sino que también tiene que ser necesaria desde un punto de vista preventivo ("NP"). De este modo, si ni desde ese punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo-general existe una necesidad de castigo, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse<sup>577</sup> (la fórmula clásica " $T + A + C = RP$ " se ve modificada en " $T + A + R = RP$ ", donde "R", la responsabilidad, es igual a la culpabilidad sumada a la necesidad de la pena o " $[C + NP] = R$ ").

Este camino funcionalista, prudentemente inaugurado por Roxin, fue radicalizado por Jakobs directamente como una culpabilidad funcional, construida a partir de la perspectiva del sistema, dado que él renuncia al concepto de culpabilidad sustituyéndolo por una noción eminentemente funcional, para la cual sólo la idea fin permite darle contenido, interpretándola como prevención general, cuya razón de ser sería la fidelidad para el Derecho<sup>578</sup>. De allí que la pena halle su fundamento en el propio acto de penar y en esa medida se despliegue para ejercitar la fidelidad al derecho<sup>579</sup>.

Así, entiende la culpabilidad como una categoría del delito estrictamente instrumental, adaptada a las necesidades de funcionamiento eficaz de la prevención general positiva que, como podemos recordar, significa la estabilización de la confianza general en el orden jurídico mediante la reafirmación en la conciencia de los ciudadanos de la vigencia de la norma vulnerada. Así entonces, la culpabilidad no será más la imputación al sujeto, sino la adscripción preventivo-general que se le

---

<sup>576</sup> Juan María Terradillos Basoco, "Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español", En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 229.

<sup>577</sup> Eduardo Demetrio Crespo, *"Culpabilidad y fines de la pena: Con especial referencia al pensamiento de Roxin"*, Lima, Grijley, 2008, p. 39.

<sup>578</sup> Günther Jakobs, *"Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación"*, Traducido por: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 699.

<sup>579</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *"Derecho Penal: Parte General"*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 670.



impone, asigna o carga al sujeto externamente según las indicadas exigencias de la prevención general positiva en un determinado sistema social y normativo con sus características concretas, con lo cual se busca mantener la confianza ciudadana en el orden y en el reconocimiento social de la norma. De tal forma que la posibilidad de que la sociedad admita descargarlo de culpabilidad, exculparlo sin que sufra su confianza en la norma, va a depender totalmente de circunstancias sociales totalmente externas y ajenas a la conducta del sujeto<sup>580</sup>.

Adicional a esto, para determinar la culpabilidad, sostiene que han de establecerse cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de culpabilidad y cuántas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o han de ser soportadas por terceros, incluso la propia víctima. El sistema decide, en esta perspectiva, no en base al ámbito de autodeterminación del autor, sino en base a los reductores que resuelve imputarle al autor o a terceros<sup>581</sup>, lo cual lo hace teniendo en cuenta al hombre en su rol social más general: el rol de ciudadano fiel a derecho o, lo que es igual, de persona en derecho<sup>582</sup>.

Se trata, por tanto, de la persona cuyo rol es procurarse por sí mismo disposición suficiente para seguir el Derecho, es decir, la persona de la que se espera que se motive suficientemente a seguir las normas. Este es el único rol cuya observancia se halla garantizada por el Derecho Penal, pues el Derecho Penal sólo garantiza que una expresión de sentido de que la norma no vale será refutada con la imposición de una pena, de tal manera que el autor expresa con su comportamiento que cuestiona la vigencia de una norma cuando no procura la motivación suficiente para seguir el derecho que de él se esperaba. Si esto sucede, se le imputa su comportamiento antijurídico como culpable y esta imputación encuentra expresión en la pena confirmando la vigencia de la norma<sup>583</sup>. Esto significa que la motivación

---

<sup>580</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 752.

<sup>581</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *"Derecho Penal: Parte General"*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 670.

<sup>582</sup> Günther Jakobs, *"Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación"*, Traducido por: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 702.

<sup>583</sup> La doctrina parte de la base de que la culpabilidad de motivarse conforme a la norma no se comprueba empíricamente en el autor, sino que se imputa normativamente, y que esta imputación

para seguir la norma es una prestación que el autor debe rendir como ciudadano. Por eso, el autor tiene culpabilidad cuando no rinde completamente la prestación que el autor debe rendir como ciudadano.

Entendido lo anterior, en esta discusión, desde diversas posiciones, acerca de si la culpabilidad puede servir a los intereses o necesidades de prevención general y especial y estar condicionada por la falta de tales necesidades (la ausencia o atenuación de la culpabilidad) ha habido críticas para ambas teorías. Una de estas, aplicable a las dos, es que, a diferencia de lo que sucede en la exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad, la necesidad o no necesidad de prevención especial no puede ser criterio para explicar la presencia o ausencia de culpabilidad (de responsabilidad según Roxin), pero en cambio la no necesidad o la ineficacia de la prevención general –la de intimidación pero también la de confianza o convicción general– sí puede desempeñar el papel de operar como criterio explicativo, al menos uno de ellos, de diversos casos de ausencia de culpabilidad, por inimputabilidad, error de prohibición o inexigibilidad penal individual<sup>584</sup>.

---

tiene lugar cuando un sujeto construido socialmente (el hombre promedio), con el que el autor es comparado, se habría motivado en la misma situación a seguir la norma. Este sujeto-parámetro se construye según puntos de vista valorativos y, por cierto, de manera tal que salvo algunas pocas excepciones siempre está motivado de modo dominante para seguir el derecho. Pues bien, este sujeto construido socialmente, con el que el autor es comparado, no es otro que el propio autor pero pensado en el rol de ciudadano fiel al derecho; es decir, se trata del mismo autor pero tomado no como realmente es, sino como debería serlo, esto es, motivado de manera suficiente a seguir la norma. No se reprocha entonces culpabilidad porque el autor realmente habría podido motivarse según la norma (esto es, además, empíricamente indemostrable), sino más bien cuando el autor no ha satisfecho la medida de un ciudadano fiel al derecho que en la misma situación se habría motivado a seguirla. Para más información véase a Fernando Jorge Córdoba, “La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad”, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 190.

<sup>584</sup> El requisito de culpabilidad, con sus exigencias de no limitación de la libertad, de capacidad normal de determinación por las normas, sí puede operar como un límite para excesivas exigencias de prevención general intimidatoria o de confianza social, y exactamente igual con otras de prevención especial, que pudieran requerir la imposición de una pena o de más pena pese a que no haya culpabilidad o a que el grado de culpabilidad sea pequeño o disminuido, siempre y cuando se maneje un criterio de prevención general ilimitado, pues, entonces, las exigencias preventivas de pena podrían ser muchas veces excesivas, a lo que el requisito de la culpabilidad y el grado de culpabilidad operarán como un importante límite o freno a las mismas, pero si se somete a las

Adicional a esto, Zaffaroni ha criticado abiertamente ambos debido a que, en su opinión, estos: i) operan con meras suposiciones en cuanto a los fines de la pena, cuando no con inferencias deductivas; ii) se parte de un duro ataque a la pretendida falta de prueba del viejo libre albedrío, pero se adopta sin recelo y apodícticamente el concepto de prevención; iii) fundamentan la pena en la culpabilidad y la culpabilidad en la pena, de lo que resulta que, de la culpabilidad como medida de la pena, se pasa a la pena como medida de la culpabilidad, cuando no, a la pena como la medida de la pena, lo que significa una alteración en el orden secuencial de la cadena conceptual delito-pena; y iv) se duplica el juicio valorativo en base a supuestos fines de prevención<sup>585</sup>.

Para corregir estos inconvenientes, al menos en la teoría de Roxin, Terradillos Basoco, inspirado en Muñoz Conde, propone que, dado que Roxin realmente ofrece un concepto de libertad de decisión que pueda ser útil a los efectos garantizadores, dogmáticos y político-criminales que, confesadamente, persigue, pues se trata de un modesto nivel de decisión, ya que la prevención supone interposición de factores del comportamiento a los que, aunque no sean decisivos, se les supone cierta eficacia que no se identifica con el libre albedrío y es la única que puede servir de base al juicio de culpabilidad, la capacidad de abstenerse de realizar la conducta prohibida debe entenderse de modo vivencial o fenomenológico, como resultado de nuestra propia experiencia y observación<sup>586</sup>, de tal manera que se mantenga la posibilidad de actuar de otro modo como un presupuesto de la relevancia jurídica del comportamiento humano, sin que constituya el fundamento material único de la culpabilidad. Así, se logra fundamentar el recurso de la pena, que supone entender

---

conveniencias y exigencias preventivas a dichas limitaciones, entonces las exigencias preventivas así limitadas coincidirán con los requisitos del principio de culpabilidad. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 767.

<sup>585</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *"Derecho Penal: Parte General"*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 671.

<sup>586</sup> No se trata, en su propuesta, de construir una nueva categoría –la responsabilidad– que supla las diferencias y aporías del obsoleto concepto tradicional de culpabilidad, sino de redefinir el concepto mismo, haciéndolo capaz de acoger la finalidad preventiva que anima a todo el sistema penal. Para más información véase a Juan María Terradillos Basoco, *"Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español"*, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 241.

una construcción teórica integrada en la orientación teleológica preventiva propia de todo el sistema penal democrático, sin necesidad de disociar la culpabilidad de los fines de la pena o de separarla de la responsabilidad, que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho<sup>587</sup>.

En resumen, Roxin pretende fundamentar la convivencia del binomio culpabilidad-prevención y su concepto de culpabilidad responde inicialmente, como en Jakobs, a la conciencia jurídica general, que, descontenta e insegura frente a la infracción, exige que se afirme la vigencia de la norma mediante el castigo. Sin embargo, la prevención a la que apunta Roxin en el desarrollo de sus tesis es sustancialmente distinta pues no consiste en el aquietamiento de conciencias por afirmación de vigencia de la norma, sino en la evitación de delitos futuros, lográndose con ello la tranquilidad ciudadana, pero más que como objetivo, como efecto necesario, reivindicando, como criterio limitador, una culpabilidad susceptible de comprobación empírica cuyo mínimo no depende de necesidades preventivas<sup>588</sup>.

Ahora bien, creemos que, de manera humilde, pues no se pretende desprestigiar a los grandes autores que han aportado al debate, con lo analizado, sí se puede lograr establecer una concepción funcional de la culpabilidad que permita demostración probatoria en el ejercicio del Derecho Penal en la práctica jurídica. Especialmente en Colombia donde, como vimos en el texto legal, tenemos libertad interpretativa, lo que nos genera dificultades aplicativas.

De hecho, manteniendo esa indisoluble, inmutable, inalterable e inseparable relación entre la culpabilidad y la pena, la cual se ha mencionado en repetidas oportunidades por su importancia para la teoría del delito y, en particular, para este

---

<sup>587</sup> No se trata, en su propuesta, de construir una nueva categoría –la responsabilidad– que supla las diferencias y aporías del obsoleto concepto tradicional de culpabilidad, sino de redefinir el concepto mismo, haciéndolo capaz de acoger la finalidad preventiva que anima a todo el sistema penal. Para más información véase a Juan María Terradillos Basoco, “Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español”, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 241.

<sup>588</sup> Francisco Muñoz Conde, Introducción, En: Claus Roxin, “*Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*”, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 15.

texto, se puede lograr una definición normativa que, además, tenga efectos político-criminales y, por qué no, fomente un uso mínimo de la pena.

Así, recordando, como se concluyó y asumió en el segundo capítulo, que la pena tiene su fundamento en la prevención general negativa, aunque con elementos funcionales, en cuanto se justifica en el sentido que intimidará al ciudadano para que se abstenga de realizar cierto comportamiento y le brindará un espectro de libertad en la sociedad (la conducta se prohíbe y se sanciona en el entendido de que, de cometerse, se altera la paz social y la convivencia pacífica), la culpabilidad, desde un plano netamente normativo, no debería ser otra cosa que la determinación del sujeto cuando se tiene acceso a la norma.

Por ende, de tener acceso a la norma, entenderla y, aun ante la intimidación que ésta propone, determinarse en contra de Derecho, se le podría atribuir la conducta al autor. Esto resulta, entonces, en una fórmula realmente sencilla: si la pena busca motivar al sujeto, la culpabilidad debe ser esa capacidad de motivabilidad del sujeto en contextos de normalidad psicológica. Lo cual es perfectamente demostrable en el ámbito aplicativo<sup>589</sup>.

No obstante, sí es necesario entender la tercera categoría de la estructura del delito como la atribuibilidad (“At”) –no como responsabilidad (“R”) para no confundirlo con la responsabilidad penal general (“RP”)– de tal manera que abarque un mayor espectro conceptual. Esto debido a que, si mantenemos este acceso a la norma, en parámetros de normalidad psíquica, para la determinación humana, realmente sólo se podría eliminar la culpabilidad cuando se trate de sujetos inimputables y de conductas realizadas ante un error de prohibición.

En consecuencia, tendríamos que mantener a la culpabilidad (“C”) como un primer estadio en la atribuibilidad (“At”) y agregarle un segundo nivel que consista en la necesidad preventiva (“NP”) –y político-criminal– del uso de la pena. Es decir, desde un plano preventivo general, aun habiendo acceso a la norma y posibilidad de

---

<sup>589</sup> Juan María Terradillos Basoco, “Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español”, En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 229.

determinación a favor del Derecho, el estado de necesidad eliminaría la responsabilidad penal porque se entiende que el autor no necesita realmente una pena, en cuanto a que se trata de una conducta forzada en contra de este y que no se repetirá, aunque esto lo analizaremos con mayor detalle a continuación.

Así, la pena estaría intrínsecamente unida a la culpabilidad en aspectos más allá de la mera limitación de la sanción (“ $At = [C + NP]$ ”). Ahora, el problema con esto es saber si las convicciones y las razones de conciencia inciden, en algún punto, en el acceso a la norma y en la motivabilidad y determinabilidad consecuente del mismo y si, en efecto, los delincuentes por convicción y los delincuentes por motivos de conciencia son intimidables, lo cual fue el interrogante que se planteó al finalizar el capítulo segundo y que necesitó resolver distintos debates para poder ser abordado.

## **1.2 Las convicciones como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal**

Desde el inicio de la investigación hemos visto que la discusión gira en torno al tratamiento jurídico penal que debe aplicársele a quien, con una convicción, orientada conforme a los criterios de “correcto” y “errado”, o con una decisión de conciencia, seria y moral, experimentada en su interior como vinculante para sí mismo e incondicionalmente obligatoria ante una situación determinada, realiza un ilícito. Es decir que hemos estado sentando las bases, desde el Derecho Penal, a una alternativa neutral, respetuosa del derecho a la libertad de conciencia<sup>590</sup>, para aquellos conflictos de conciencia que llegan a ser típicos<sup>591</sup>.

---

<sup>590</sup> No se debe olvidar que la constitución reconoce como fundamental la libertad de conciencia, que puede ser no solo conciencia religiosa o por motivos religiosos, sino de modo más amplio conciencia moral del individuo –conciencia como plasmación de sus creencias profundas– sobre los asuntos de orden ético o moral más básicos o elementales (sobre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito) y que por ello le conciernen y afectan el núcleo de su conciencia como ser humano. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, Actuación de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, En: Fernando Velásquez Velásquez, et al., *“Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur”*, T. 1, Bogotá, Ibáñez, 2013, p. 597.

<sup>591</sup> Cuando respetar la libertad de conciencia supone tanto como admitir la lesión de bienes jurídicos para la existencia del propio Estado o de su sistema político u orden constitucional, parece lógico que

Lo anterior debido a que en la gran mayoría de los casos las soluciones legales a tales conflictos, como la objeción de conciencia, posibilitan la libertad garantizada en la ley fundamental de actuar conforme a la conciencia, pero éstas no son suficientes puesto que hay situaciones en las que el legislador aún no ha actuado o en las que no puede actuar debido a la carencia de una alternativa neutral frente a la conciencia<sup>592</sup>.

Por esto, ya habiendo definido la estructura de la responsabilidad penal, es momento de analizar la incidencia que puede tener esa convicción en la responsabilidad penal (en toda la ecuación “ $T + A + [C + NP] = RP$ ” aunque nos centraremos fundamentalmente en la sumatoria en corchetes, es decir en la atribuibilidad o “ $At$ ”).

Ahora bien, una fórmula general que introduzca un régimen jurídico especial para todos los delitos en que concurra una motivación de tipo ideológico no es compatible con la misma naturaleza del orden jurídico, ni con el principio de igualdad o el sentido que hoy se concede a la pena, desprovista ya de toda connotación infamante<sup>593</sup>, puesto que los conflictos de conciencia, como se ha visto, son absolutamente personales. Por esta razón, tendremos que analizar diferentes aspectos de la teoría del delito y, posteriormente, usarlas en casos puntuales.

En el capítulo primero se habló de las posibles objeciones de conciencia frente a disposiciones penales y su justificación, no obstante dijimos que hay toda una gama de delitos adicionales que pueden estar cobijados por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de conciencia, entre otras razones, por lo que, en este momento, analizaremos aspectos de la antijuridicidad así como de la exigibilidad de la

---

el Estado no conceda ninguna alternativa y sancione el ataque a los mismos. Sería absurdo que el Estado admitiera su propia disolución. Sin embargo, conviene hacer alguna matización, tanto respecto al tipo de ataque, como al tipo de Estado o sistema político que puede atacarse por una decisión de conciencia. Para más información véase a Francisco Muñoz Conde, La objeción de conciencia en Derecho Penal, En: Jesús María Silva Sánchez, *“Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin”*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 282.

<sup>592</sup> Claus Roxin, “Una vez más...”, p. 16.

<sup>593</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 390.

comprensión de la misma, aunque mantendremos, en todo momento, la validez del orden jurídico y su independencia de la conciencia moral (de la ética individual)<sup>594</sup>.

### 1.2.1 Justificación

En el artículo 32 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), se consagran, de manera genérica, las causales que conllevan a la exclusión de la responsabilidad penal en los siguientes términos:

*“Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

- 1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.*
- 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.*
- 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.*
- 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*
- No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.*
- 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.*
- 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.*

---

<sup>594</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 679.



*Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.*

*7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.*

*El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.*

*8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.*

*9. Se obre impulsado por miedo insuperable.*

*10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.*

*Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.*

*11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.*

*Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.*

*12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente”.*

Ahora bien, no hablaremos de cada una de estas causales pues no todas nos interesan. De hecho, si partimos de la estructura de la delincuencia por convicción o

la delincuencia por motivos de conciencia, resultan relevantes pocas. Esto lo iremos viendo con el desarrollo del texto.

Entendido lo anterior, aunque hasta el momento nos hemos esforzado por trazar un mapa que nos ayude a tener una idea de la culpabilidad, la necesidad de la pena y, en conjunto, la atribuibilidad (“At = [C + NP]”), lo cierto es que antes de poder analizar esto es necesario hacer una breve aclaración con respecto a la posibilidad de eliminar la antijuridicidad de la conducta y, en consecuencia, la responsabilidad penal del sujeto.

Aquí no nos detendremos sustancialmente por las razones que se expondrán a continuación, sin embargo resulta significativo mencionarlo porque nos brindará un criterio fundamental para analizar las conductas delictivas del tipo criminológico analizado, que es la ponderación de derechos, de la cual ya se hizo mención brevemente en el capítulo primero cuando, siguiendo el sistema de pasos de la metodología de investigación, donde vamos de lo general a lo particular, descartábamos las conductas que podrían no ser relevantes para el Derecho Penal, aun siendo elevaciones y realizaciones de riesgos jurídicamente desaprobados, porque pueden estar cobijados en el derecho a la libertad de conciencia y, en consecuencia, están respaldados por un derecho fundamental que prima siempre que la acción no violente un bien jurídico que, en un ejercicio de ponderación constitucional, resulte de mayor entidad.

Así entonces, en este acápite recordaremos momentáneamente lo que se ha dicho sobre la posibilidad de objetar conciencia frente a disposiciones legales y la importancia valorativa que debe tener el daño al bien jurídico para que sea válida la intervención del Derecho Penal, para saber si es posible construir una causa de justificación en los casos de comportamientos típicos adecuados al juicio de conciencia del autor.

Con esto en mente, frente a la antijuridicidad, lo que debemos tratar es el legítimo ejercicio de un derecho, que está consagrado, como vimos, en el numeral quinto del artículo 32, que consiste, en pocas palabras, en que quien obra en legítimo ejercicio de un derecho civil de emanación constitucional, es decir, legalmente reconocido y tutelado, y causa daño a otro no incurre en responsabilidad penal por falta de

antijuridicidad siempre que el hecho se haya desenvuelto dentro de los marcos normativos del respectivo derecho, porque los fines sociales que garantizan su ejercicio se imponen a los particulares intereses que puedan resultar afectados<sup>595</sup>.

Por lo anterior, dado que, desde el inicio hemos hablado del derecho a la libertad de conciencia como fundamento de la conducta típica y la razón principal por la cual se busca una solución respetuosa a los conflictos de conciencia que le competen al Derecho Penal, parecería coherente que justificáramos, en sede de antijuridicidad, las conductas delictivas que se realizan basados en convicciones inherentes a la conciencia del autor, especialmente si entendemos que estas manifestaciones de la libertad de conciencia están cubiertas por el ámbito de aplicación de un derecho fundamental protegido constitucionalmente, por lo que tienen que ser consideradas como “derechos de acción en sentido estricto”<sup>596</sup>.

No obstante, la doctrina dominante ha visto con reticencias importantes esta propuesta por las siguientes dos razones:

i) debe primar el ordenamiento jurídico sobre la conciencia individual, en tanto, de invertirse esta noción, llevaría al fin del ordenamiento jurídico y a la anarquía, sin mencionar que, por más que estamos en un Estado Democrático y en una sociedad que reconoce la mayoría de las convicciones políticas, religiosas y morales, existe un mandato de tolerancia pero se exige, ante todo, la obligatoriedad de las normas jurídicas<sup>597</sup>;

ii) que se respete por la Constitución las convicciones morales y se garantice un ámbito de libertad para la realización de esas convicciones no significa que se acepte el contenido del deber de conciencia como correcto<sup>598</sup>. Su misión

---

<sup>595</sup> Alfonso Reyes Echandía, *“Obras Completas”*, v. 1, Temis, Bogotá, 1998, p. 178.

<sup>596</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *“Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldaußschluss”*, Festschrift für Roxin, 2001, p. 533, citado por Claus Roxin, *“Una vez más...”*, p. 19

<sup>597</sup> Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia...”*, p. 160.

<sup>598</sup> No es concebible la libertad de conciencia como un derecho ilimitado, por lo que no es correcto concederle con carácter general un efecto justificante, pues la justificación será siempre una situación excepcional, lo que significa que la formulación de una causa de justificación a partir del derecho a la libertad de conciencia, significaría que la constitución acepta con ello como correcto el contenido del mandato de conciencia, sustituyendo así en este caso individual el correspondiente juicio de

reside solamente en proteger al individuo frente a la fuerza de conciencia estatal, eso es, en impedir que el individuo sea oprimido en situaciones en las que su conciencia se vuelva contra él y destruya su personalidad<sup>599</sup>;

iii) si se deja en la antijuridicidad se tendría que crear como parámetro legal y no puede ser que, algo que un individuo experimenta para sí mismo como obligatorio, sea tomado como un parámetro obligatorio para todos<sup>600</sup>; y

iv) cuando los supuestos exceden los límites situados en los derechos de los demás y, sobre todo, en el respeto por la dignidad humana, no puede ofrecérseles una solución en el ámbito del injusto<sup>601</sup>.

Con respecto a este último punto, notamos que se está hablando, a grandes rasgos, de ponderación de intereses o de bienes jurídicos, en tanto se sitúa un límite en el conflicto de deberes impidiendo que el reconocimiento de un deber moral se extienda a intereses en los que se considera que el orden jurídico no puede permitir la afectación de derechos ajenos<sup>602</sup>, lo cual vimos en el capítulo primero.

Por consiguiente, aunque se admitan las objeciones de conciencia que supongan el incumplimiento de mandatos o imperativos y sus correspondientes deberes, es decir que supongan la simple no realización de una actuación debida, una desobediencia

---

valores expresado en la norma jurídico-penal. Para más información véase a Udo Ebert, *“Der überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung”*, Berlín, 1975, p. 46.

<sup>599</sup> Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 319.

<sup>600</sup> En este sentido, desde una perspectiva sistemática, lleva a contradicciones insolubles en cuanto a que si alguien, por razones de conciencia, mata, por pedido de la propia víctima, a una persona que padece una grave enfermedad incurable y que por sí misma no puede poner fin a su propia vida, en donde, además, se concibe la intervención de un tercero que se opone al autor de conciencia y quiere impedir dicho homicidio también por razones de conciencia, entonces “si las decisiones de conciencia siempre surtiesen efectos justificantes, tanto el homicidio como también su impedimento serían permitidos”. Para más información véase a Claus Roxin, *“Una vez más...”*, p. 22.

<sup>601</sup> Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 220.

<sup>602</sup> Incluso en este caso parece que ha de ser indiferente si el apoyo constitucional se busca en el principio de dignidad de la persona o en el libre desarrollo de la personalidad, o en la circunstancia de que la decisión del sujeto proceda de un deber de conciencia. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia...”*, p. 166.

a la norma que ordena una actividad<sup>603</sup>, esto es una omisión propia, no es admisible plantear un derecho de objeción de conciencia para infringir prohibiciones de actuar lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos<sup>604</sup>.

En resumen, los motivos de convicción o conciencia no producen efectos en esta sede, pues no podrán legitimarse agresiones a la integridad física o a la vida<sup>605</sup>, en tanto el ejercicio de un derecho fundamental no puede ser contrario a Derecho<sup>606</sup>, ni cabe adoptar como parámetro de medida en el ámbito jurídico-penal una actitud de relativismo valorativo, pues la misión del Derecho Penal es la de ofrecer protección a los valores sociales fundamentales y éstos no son relativizables, sin mencionar que, en relación con el contenido del injusto de los delitos cometidos, no cabe apreciar

---

<sup>603</sup> Todas las actuaciones de la libertad de conciencia captadas por el concepto constitucional de conciencia, cuando son subsumibles en el tipo de un delito o contravención, quedan abarcadas por el derecho fundamental siempre que la disposición jurídica afectada no proteja otro bien de naturaleza constitucional que en la ponderación resulte preferente. Para más información véase a Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 179.

<sup>604</sup> Las omisiones propias, incluso las delictivas (la mayoría ni siquiera lo son), son hechos mucho menos graves que los correlativos delitos comisivos. Pero los delitos comisivos, normalmente activos, excepcionalmente mediante omisiones impropias equivalentes, que infringen prohibiciones de actuar atacando bienes jurídicos seguros, que no estaban en peligro, son estructuralmente mucho más graves, incluso aunque ataquen a bienes jurídicos de menor importancia, porque van a lesionar bienes jurídicos ajenos incólumes creando un cambio de situación absolutamente negativo e indeseable, y ello, como hemos visto, forma ya parte integrante de la vulneración del orden público protegido por la ley. Por esta razón hay que rechazar un presunto derecho a la actuación en conciencia de los testigos de Jehová que por motivos religiosos de su interpretación de la prohibición de sangre pretenden impedir la transfusión sanguínea que el personal médico-sanitario tiene que practicar a su hijo menor para salvaguardar su vida o su salud, pues al hacerlo incurren mediante comisión por omisión en tentativa de lesiones o incluso homicidio del menor, no sólo porque tienen posición de garante respecto del mismo, sino por querer impedir un curso causal salvador del personal médico con el cual la integridad y la vida del menor estará garantizada o en mucho menor peligro. Hay que destacar que incluso en supuestos de esta clase en que los miembros de esa confesión religiosa incurran por sus creencias sólo en una omisión de socorro, o sea en una omisión propia, ciertamente ya estamos ante un supuesto de los que sí admiten la ponderación, pero al estar en juego el salvamento de la vida o integridad, se puede considerar que en la ponderación ese interés es superior al de garantizar la libertad de conciencia. Otra cosa es que el conflicto de conciencia afecte a la culpabilidad del sujeto por el acto antijurídico y que en caso extremo pueda incluso excluirla. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 681.

<sup>605</sup> Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 184.

<sup>606</sup> Claus Roxin, *"Una vez más..."*, p. 18.

que el móvil de conciencia dé lugar a una disminución o "minoración" del desvalor de acción, pues la incidencia de tal motivación subjetiva en nada afectaría al dolo, ni a la peligrosidad objetiva de la acción<sup>607</sup>.

Con todo, un hecho de conciencia que implica la realización de un tipo penal no puede ser justificado pero puede llevar a la exculpación en casos extraordinarios y con ello a la exención de la pena<sup>608</sup>, lo cual, puntualmente, ha sido la explicación dogmática más frecuente de los posibles efectos de una decisión de conciencia en el Derecho Penal<sup>609</sup> y es lo que analizaremos a continuación.

### 1.2.2 Exclusión de la atribuibilidad

Hasta el momento hemos dicho que las convicciones inherentes a la conciencia, cuando se contraponen a la ley, pueden crear un conflicto relevante interno al sujeto. Ahora bien, dijimos que, cuando se produce un delito, éste no está justificado por ejercicio legítimo del derecho de libertad de conciencia, pues se infringe un deber de abstención y, en la ponderación de intereses, pesa más el interés en la realización de la actuación exigida que la salvaguardada por la libertad de conciencia<sup>610</sup>.

Por lo anterior, finalizábamos el anterior acápite estableciendo que es necesario analizar, como ha hecho la doctrina dominante<sup>611</sup>, si, en tales casos de conflicto, la

---

<sup>607</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *"Libertad de conciencia..."*, p. 389.

<sup>608</sup> Claus Roxin, *"Una vez más..."*, p. 15.

<sup>609</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 221.

<sup>610</sup> El fin –legítimo– perseguido por el autor será considerado como atenuación del injusto en el enjuiciamiento objetivo del desvalor de acción. Pero la morigeración del desvalor objetivo de acción no va tan lejos como para justificar totalmente la acción: pues el prójimo no debe jamás ser tratado como simple cosa, sino siempre como fin en sí mismo. Para más información véase a Hans Welzel, *"Parte General..."*, p. 249.

<sup>611</sup> Que sea dominante con respecto a la ubicación del debate en el tercer estadio de la responsabilidad penal no significa que sea pacífico pues, cuando se trata de determinar la naturaleza de la culpabilidad del autor por convicción, hay quienes desvinculan la culpabilidad jurídica de la culpabilidad moral, afirmando que la inexistencia de la segunda en este caso no impide la subsistencia de la primera, otros que pretenden demostrar que en el delincuente por convicción cabe formular también un juicio de reprochabilidad moral en tanto las normas jurídicas están fundadas moralmente en la medida en que protegen bienes jurídicos, lo que permite afirmar que la observación

conducta cumple con los requisitos de la culpabilidad<sup>612</sup>, es decir, de acuerdo al esquema que armamos, si ante la presión insalvable de la norma ética individual de su conciencia y con la presión que también supone la prohibición penal, se anula, total o parcialmente, la accesibilidad normativa del sujeto, de tal forma que se suprime la posibilidad y la capacidad de determinarse o motivarse por la norma jurídica.

Entendido esto, en este acápite estudiaremos si el conflicto de conciencia puede hacer que la conducta no le pueda ser atribuida al autor, es decir, si en el autor de un hecho antijurídico motivado por razones de conciencia falta la necesaria culpabilidad y, consecuentemente, la punibilidad, por: i) las causas de exculpación legalmente admitidas <sup>613</sup>, donde veremos la inimputabilidad y el error de prohibición; ii) las causas de eliminación de la pena por razones de necesidad preventivo generales, donde analizaremos el estado de necesidad, de acuerdo a la clasificación antes realizada<sup>614</sup>, y la necesidad concreta y político criminal de la pena;

---

de las leyes penales ante todo es un deber moral. Para más información véase a Peter Noll, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, En: *"Zeitschrift für die Gesamte Strafrecht wissenschaft"*, 1966, p. 653.

<sup>612</sup> Esto se basa en que la presión motivacional sea de tal magnitud que, puesta en relación con una circunstancia objetiva de disminución de lo injusto, provoque una situación en la que la medida de culpabilidad quede por debajo de lo necesario para configurar un juicio de reproche penalmente relevante. Para más información véase a Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 191.

<sup>613</sup> Tienen influencia tanto sobre el grado del injusto como sobre el de la culpabilidad, dado que, en todos los supuestos, el injusto personal de acción es disminuido por la finalidad legítima que persigue el autor (protección frente a un peligro, cumplimiento del deber de obediencia) y por el injusto del resultado del hecho. Para más información véase a Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *"Tratado de Derecho Penal: Parte General"*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 514.

<sup>614</sup> Dijimos que en estos casos, pese a poseer imputabilidad el sujeto y por ello normalidad psíquica, lo que, en principio, le permite al sujeto el acceso a la norma, existe una importante dificultad situacional para el sujeto en el momento del hecho que de otro modo excluye o al menos perturba muy gravemente la capacidad individual de determinación o motivación normal por la norma y además en una situación de dificultad que no se valora negativamente, de tal modo que el hecho en las condiciones de ese sujeto resulta comprensible o entendible aunque no correcto, de tal forma que no merece un castigo, ni lo necesita en cuanto a que, aunque pudiera repetirse el hecho, no es penalmente reprochable al individuo. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 815.

o iii) la posible existencia de una causa de exculpación supra legal basada en la inexigibilidad penal individual subjetiva.

Ahora bien, antes de adentrarnos en el debate, en el que llegaremos, de manera anticipada, a la solución teórica del problema jurídico, la cual luego aplicaremos en el contexto real colombiano para formular nuestra propuesta, tenemos que aclarar que, aunque se diga que se evaluará la inexigibilidad de otra conducta al finalizar el acápite –y así el capítulo-, lo cierto es que la no exigibilidad<sup>615</sup> es propia de todas las causas de exclusión de la responsabilidad pese a la diversidad de su estructura legal<sup>616</sup>.

Distinto es que al final del acápite, como se verá, nos centraremos en la no exigibilidad atendiendo tan sólo a los criterios individuales del autor concreto, es decir, las situaciones en donde el autor no pierde necesariamente su capacidad de ser influido por la llamada de la norma sino que ésta impone un mayor nivel de exigencias<sup>617</sup>, de tal forma que no es –en estas situaciones extraordinarias de motivación- una causa excluyente de la culpabilidad como la inimputabilidad o el error de prohibición, sino sólo una causa fáctica de exculpación, en el sentido de que el ordenamiento jurídico, pese a la existencia de culpabilidad, le otorga indulgencia al autor<sup>618</sup>.

Sin más preámbulo, podemos dar inicio al debate, comenzando por las causas de exculpación y, puntualmente, la inimputabilidad.

---

<sup>615</sup> Se plantea la inexigibilidad como “no exigibilidad de conducta adecuada a la norma” con base a: i) el dato psíquico de la “imposibilidad” de otra conducta y ii) la “no obligatoriedad” del comportamiento; de este modo, no importa tanto la presión psíquica que el autor “pueda” soportar, como la que “debe” tolerar, según un juicio normativo que tenga en cuenta no solamente las circunstancias del individuo, sino también los intereses comunitarios. Para más información véase a Udo Ebert, óp. cit., p. 63, citado por Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 402.

<sup>616</sup> Reinhart Maurach, *“Tratado de Derecho Penal”*, Traducido por: Juan Córdoba Roda, T. II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 55.

<sup>617</sup> Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal: Parte General”*, Reppertor, Barcelona, 2008, 540.

<sup>618</sup> Hans Welzel, *“Parte General...”*, p. 249.



### 1.2.2.1 Capacidad de culpabilidad o imputabilidad

A partir de la concepción de culpabilidad que se ha manejado, se ha dicho que es culpable, a grandes rasgos, quien tiene accesibilidad a la norma, de tal forma que, a menos que se esté en una situación de anormalidad psicológica, se puede determinar para actuar conforme a este conocimiento<sup>619</sup>.

Por esta razón, se clasificaron como causas de exclusión de la culpabilidad: i) la inimputabilidad, entendida justamente como esa situación de anormalidad psicológica que implica una forma de sumisión a la presión causal de los impulsos y conlleva precisamente la ausencia de la determinación en un sujeto autorresponsable<sup>620</sup>; y ii) el error de prohibición, tomado como la falla en el acceso a la norma, de tal forma que se yerra sobre la licitud de la conducta<sup>621</sup>, del cual vamos a hablar a continuación.

Ahora bien, antes, cuando se analizaba al delincuente por convicción y al delincuente por motivos de conciencia, entendidos dentro de la definición original de Radbruch de la delincuencia por convicción, se decía que el autor es forzado a realizar el hecho por una coacción incontenible, de modo que no podría actuar ni física ni psíquicamente de manera distinta de la que actuó, aproximando su conducta a una especie de acción compulsiva<sup>622</sup>, de tal forma que, desde un punto de vista psiquiátrico, el autor por convicción era, por fenómenos de vida espiritual enfermizos y anormales biológicamente, equivalente a un psicópata o a alguien con predisposición esquizofrénica, en el entendido que el estado de conciencia puede ser tan apremiante que no sea posible ninguna otra conducta por parte del autor por conciencia<sup>623</sup>.

---

<sup>619</sup> Fernando Jorge Córdoba, "La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad", En: Carlos Julio Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 176.

<sup>620</sup> Reinhart Maurach, *"Tratado de Derecho Penal"*, Traducido por: Juan Córdoba Roda, T. II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 102.

<sup>621</sup> Fernando Velásquez Velásquez, *"Fundamentos de Derecho Penal: Parte General"*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017, p. 536.

<sup>622</sup> Claus Roxin, "Una vez más...", p. 25.

<sup>623</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 333.

Con esto, se llegaba a considerar que los discrepantes eran inimputables, lo cual resultaba sumamente peligroso para el efecto garantista del derecho a la libertad de conciencia, en tanto se le daba una estigmatización de perturbado mental al autor por convicción y por motivos de conciencia, aun cuando es posible actuar en contra de la propia conciencia, pues el llamado “cargo de conciencia” o “remordimiento de conciencia”, que se experimenta cuando se actúa de manera contraria a la conciencia, demuestra que es posible apartarse de las órdenes emanadas de ésta por más que conduzca a recriminaciones internas<sup>624</sup>, y se permitiría la aplicación de medidas de seguridad como el internamiento psiquiátrico<sup>625</sup>.

Así entonces, una decisión por convicción o por motivos de conciencia, protegida constitucionalmente, no podrá ser identificada con “anomalía psíquica” de la inimputabilidad.

No obstante lo anterior, Jakobs considera que hay casos concretos en los que las personas, desde la infancia, han sido sometidas exclusivamente al contexto cultural y valorativo de una secta o pequeña comunidad, de tal forma que, psiquiátricamente, se puede concluir que son inimputables por la existencia de una alteración mental profunda frente a los procesos que permiten acceder a las normas culturales. Así, propone que haya exculpación cuando exista un déficit de socialización, siempre y cuando esta exculpación no suponga una merma para el ordenamiento jurídico<sup>626</sup>.

Esto, aunque Jakobs intente centrarlo en contextos de diversidad cultural y falta de acceso a la norma, lo cual será retomado más adelante, no deja de ser, por supuesto, una clara violación a los derechos fundamentales debido a que se siguen estigmatizando culturas ajenas, se opone notoriamente a la solución neutra que buscamos en este texto y, debido a que a los inimputables debe dárseles una medida de seguridad médica o psiquiátrica en vez de una pena, significaría medicalizar a

---

<sup>624</sup> Claus Roxin, “Una vez más...”, p. 25.

<sup>625</sup> Josep María Tamarit Sumalla, “Libertad de conciencia...”, p. 395.

<sup>626</sup> Günther Jakobs, “Parte General...”, p. 701.

todo aquel que no se ajusta a los parámetros sociales mayoritarios<sup>627</sup>. Por esta razón, aunque breve, la equiparación de los delincuentes por convicción a sujetos inimputables no será desarrollada con mayor profundidad.

### **1.2.2.2 Error de prohibición**

Hemos dicho que la capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad son los elementos que fundamentan la culpabilidad, por lo que la incapacidad de culpabilidad y el error de prohibición son, por ello, causas de exclusión de la culpabilidad<sup>628</sup>. Ahora bien, habiendo dejado de lado el primero por éste ser, en el caso concreto, violatorio del derecho fundamental que hemos propendido en su protección, es momento de centrarnos en el desconocimiento de la prohibición, es decir, en que el autor no hubiese tenido acceso a la norma.

Con respecto a esto, el artículo 32 del Código Penal colombiano, que fue citada antes, dice que no habrá responsabilidad penal cuando:

*“11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.*

*Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”*<sup>629</sup>.

---

<sup>627</sup> Cristina de Maglie, *“Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales”*, Traducido por: V. M. Macías Caro, Madrid, Marcial Pons, 2012, 89.

<sup>628</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 513.

<sup>629</sup> El código penal de 1980 (Colombia. Decreto - Ley 100 de 1980. Enero 23. Diario Oficial No. 35.461 de 20 de febrero de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal) en el inciso 3 del artículo 40, contempló como causal excluyente de culpabilidad la hipótesis de quien realiza el hecho bajo la “convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación”. La redacción de esta norma, claramente orientada hacia el error de prohibición indirecto, no impidió que, interpretativamente, tanto la jurisprudencia como la doctrina la tomaran como la regulación integral del error de prohibición (directo e indirecto). Es de observar que este precepto hace expresa referencia a la convicción “errada e invencible” como presupuesto de la exclusión de culpabilidad; no obstante,

Esto significa que no obra con culpabilidad<sup>630</sup> quien no está en condiciones de comprender la antijuridicidad de su hacer, esto es, el que actúa sin tener la posibilidad de conocer<sup>631</sup> su ilicitud formal y materialmente concebida<sup>632</sup>.

Este error sobre la prohibición de la conducta, que impide exclusivamente la comprensión del carácter y entidad del injusto del acto sin afectar el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo, puede presentarse en tres formas distintas aunque tengan los mismos efectos jurídicos:

---

la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema De Justicia de Colombia siempre entendió que el inciso final del artículo 40 se refiere tanto al inciso 3 (error de prohibición) como al inciso 4 (error de tipo), y de esta manera al unificar las consecuencias de ambas modalidades de error acogió la denominada teoría del dolo. Para más información véase a Gerardo Barbosa Castillo, Error de prohibición, En: Jaime Bernal Cuellar, *“Lecciones de Derecho Penal: Parte General”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 398.

<sup>630</sup> El error de prohibición no es nunca capaz de excluir el dolo; pero sí, en determinadas circunstancias, eliminar la culpabilidad. En efecto, si el error era inevitable, dada la situación de hecho y las condiciones del autor, excluye la culpabilidad y lleva a la absolución; al contrario, si era evitable subsiste la responsabilidad del autor por su actuar doloso, no obstante lo cual cabe la posibilidad de atenuación de la pena por tratarse de una culpabilidad disminuida. Para más información véase a Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *“Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 650.

<sup>631</sup> Vale la pena aclarar que, desde un punto de vista empírico, el error consiste en una falta de correspondencia entre lo que existe en el campo de nuestra conciencia y lo que hay en el mundo exterior, por lo que entonces se trata de una equivocada valoración de la realidad y no de un concreto desconocimiento o ignorancia, que es, en cambio, aquel estado intelectual que implica inexistencia de conocimiento sobre algo. Es decir, quien ignora no tiene conocimiento alguno del hecho mientras que quien yerra posee un conocimiento equivocado sobre él. Sin embargo, como la ignorancia que interesa al derecho es aquella que da lugar al error, y como los efectos jurídicos de una y otro no son diversos, la doctrina penal tiende a asimilar ambos fenómenos. Para más información véase a Alfonso Reyes Echandía, *“Obras Completas”*, v. 1, Temis, Bogotá, 1998, p. 232.

<sup>632</sup> Fernando Velásquez Velásquez, *“Fundamentos de Derecho Penal: Parte General”*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017, p. 536.

i) como desconocimiento del general y abstracto mandato normativo cuando el autor no sabe que existe una general norma prohibitiva, y considera, por lo tanto, su actuar como indiferente para el derecho<sup>633</sup>;

ii) como error sobre una causa de justificación, es decir, cuando el autor conoce la existencia de la prohibición, pero cree erróneamente que un derecho prevalente legitima su actuar<sup>634</sup>; y

iii) como error sobre una causa de exclusión de la responsabilidad, cuando el autor que conoce la existencia de la misma y no invoca ningún especial derecho a actuar, cree que la observancia de la norma no le es exigible<sup>635</sup>.

---

<sup>633</sup> También conocido como error de prohibición directo, se da cuando el autor no percibe como tal la norma de prohibición que se refiere al hecho y, por ello, cree que su acción está permitida. Este error puede obedecer a que al autor no le es conocida la norma de prohibición o a que, aun concediéndola, la ha interpretado equivocadamente y por ello cree que no resulta aplicable. Para más información véase a Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 491.

<sup>634</sup> También conocido como error indirecto de prohibición, puede asumir distintas formas, susceptibles de reducirse a dos principales: i) la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo); y ii) la falsa suposición de circunstancias que hacen a una situación objetiva de justificación (falsa creencia en la existencia de una tipicidad permisiva objetiva, que la doctrina suele llamar –con poca precisión– justificación putativa). La primera de las mencionadas variantes resulta cuando el autor cree que le ampara una causa de justificación que la ley no le reconoce, y puede asumir las mismas modalidades que el error directo de prohibición por desconocimiento de la norma misma; o sea que puede consistir en una falsa suposición de la norma pero también en un error de validez de ésta y, por ende, asumir la forma de un *error juris* o de un *error facti*. La otra variante tiene lugar cuando el autor cree actuar en una situación de justificación que no existe. Cabe observar que no comprenden estos errores los casos en que efectivamente existe *ex ante* una situación de justificación, aunque *ex post* se demuestre que no se ha podido valorar con exactitud la magnitud del supuesto de necesidad. Por el contrario, cuando *ex post* no existe en absoluto la situación objetiva de justificación, aunque *ex ante* estuviesen dadas las condiciones para que nadie pudiera haber supuesto otra cosa, la causa de justificación queda excluida y sólo se considera un error invencible de prohibición. Para más información véase a Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 740.

<sup>635</sup> Reinhart Maurach, *“Tratado de Derecho Penal”*, Traducido por: Juan Córdoba Roda, T. II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 150.

Basándose en esta definición, Peters plantea que el tratamiento jurídico penal para delincuente por convicción debe resolverse por la vía del error de prohibición en cuanto a que éste conoce la norma legal pero no la considera obligatoria pues está subordinada a una norma superior de la normal o del Derecho natural<sup>636</sup>, de tal manera que cree que, de no hacer lo que hace, estaría infringiendo una norma positiva de rango superior o un principio metapositivo<sup>637</sup>.

A esta teoría de Peters se le criticó porque, en realidad, la mayor parte de los autores por convicción conocen que sus convicciones no coinciden con el orden social vigente, por lo que entonces el autor no sólo conoce las normas jurídico-positivas, sino que sabe que son obligatorias en las situaciones concretas, de tal forma que, en realidad, está rechazando el ordenamiento jurídico al colocar la pretensión de obligatoriedad del mandato de conciencia como superior a todo lo demás. En este sentido, de reconocer aquí un error de prohibición, el Derecho Penal no tendría poder frente al autor de conciencia pues no dispondría de los medios para imponer a éste su orden de deberes<sup>638</sup>.

Con respecto a la delincuencia por motivos de conciencia la teoría de Peters se mantiene intacta pues la representación del autor de conciencia es siempre la de quien piensa que no está obligado a actuar en el sentido del mandato de la norma, porque hay otra, que estima superior, que se lo prohíbe y convierte a la primera en ineficaz, lo que indica que, en estos casos, la falta de representación adecuada a Derecho no puede ser, con tales criterios, vencible y, de ahí, habría que deducir que el autor de conciencia es incapaz de motivarse por la norma, en tanto debe realizar un esfuerzo mucho mayor para evitarlo que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esa vivencia<sup>639</sup>.

---

<sup>636</sup> Karl Peters, *óp. cit.*, p. 279.

<sup>637</sup> Esto se ve desde el comienzo con Radbruch, quien entiende que el autor por convicción es un caso en que el sujeto conoce que infringe un precepto jurídico, pero cree que lo hace de forma autorizada por el mayor rango de autorización. Para más información véase a Hans Welzel, *“Das neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre”*, Göttingen, Otto Schwartz & Co, 1957, p. 120

<sup>638</sup> Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia...”*, p. 238.

<sup>639</sup> *Ibidem*, p. 267.

Así, al menos en los términos de la delincuencia por motivos de conciencia, es posible que haya conocimiento sin comprensión, con lo que el error de prohibición no se agota con los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que también abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión<sup>640</sup>.

Cabe entender que este supuesto tiene lugar principalmente cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente: cuando el sujeto ha internalizado valores diferentes o incompatibles, aun habiendo conocimiento de la norma prohibitiva, no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo<sup>641</sup>.

En este caso, entre todo, estaríamos ante un conflicto de deberes y tendríamos que determinar si uno de los deberes en juego puede ser considerado superior. Sin embargo, hay casos en los que los principios de este último no permiten una decisión sobre el rango prevalente, como cuando se trata de deberes cuyo cumplimiento o no depende de la vida de las personas, donde el ordenamiento jurídico no puede aprobar la muerte o sacrificio de una persona determinada, de igual manera a como se resuelve en los casos donde hay obediencia debida pero se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura<sup>642</sup>.

Por consiguiente, no es sencillo resolver los casos que pueden presentarse pues es obvio que cuanto mayor es la lesión jurídica, mayor es también el reproche y, por ende, cualquier exculpación debe ser de mayor entidad y el ámbito de autodeterminación debe estar reducido por motivos más fuertes<sup>643</sup>. Sin embargo, que

---

<sup>640</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *"Derecho Penal: Parte General"*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 739.

<sup>641</sup> A esto, con el paso de los años, se le ha llamado error de comprensión culturalmente condicionado. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 824.

<sup>642</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *"Tratado de Derecho Penal: Parte General"*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 539.

<sup>643</sup> Fernando Velásquez Velásquez, *"Fundamentos de Derecho Penal: Parte General"*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017, p. 536.

el motivo de conciencia que impide a la persona comprender la ilicitud de la prohibición no alcance para fundar la invencibilidad del error de comprensión de una lesión o de un homicidio, no significa que no haya un error de comprensión sino que éste existe aunque era vencible<sup>644</sup>.

Así, estaríamos considerando un concepto amplio del objeto del error más allá del conocimiento de la tipificación penal de la conducta para abarcar presupuestos objetivos o fácticos de las causas de justificación<sup>645</sup>. No obstante, debe advertirse nuevamente que debe hacerse todo en un análisis aplicado a cada caso pues esta solución difícilmente puede ser defendida con pretensiones de cierta generalidad, en tanto la reiteración en la aplicación efectiva del Derecho Penal tenderá a limitar las ocasiones en que quepa razonablemente la invocación del error de prohibición ante hechos que ya dejen de constituir fenómenos nuevos<sup>646</sup>.

Con esto resolveríamos, en parte, el tratamiento jurídico-penal de la delincuencia por motivos de conciencia, lo cual es obligatorio para nuestro estudio, pero seguimos sin darle una solución a la delincuencia por convicción. Por ende, tenemos que analizar, ahora también, las conductas desde la necesidad preventivo general de la pena.

### ***1.2.2.3 Estado de necesidad***

Antes dijimos que la no exigencia –o no posible exigencia- de una conducta al autor hace que ésta no le sea atribuible, de tal forma que la exigibilidad es la esencia de toda atribución. Por esto, aunque confluya la culpabilidad en ciertos casos, es posible, en un escenario de necesidad preventivo general de la pena, eliminar la atribuibilidad de la conducta pues, si no le es exigible otra cosa, sencillamente no necesita ser castigado<sup>647</sup>.

---

<sup>644</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 739.

<sup>645</sup> Francisco Muñoz Conde, *“El error en Derecho penal: Alternativas”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, p. 131.

<sup>646</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“Libertad de conciencia...”*, p. 396.

<sup>647</sup> Santiago Mir Puig, *“Derecho Penal: Parte General”*, Reppertor, Barcelona, 2008, 529.



Con esta estructura es que ampliábamos el espectro de la culpabilidad hasta el punto de incluir, a la par, elementos político criminales de exclusión de la responsabilidad penal.

Así, entendiendo que los delincuentes por convicción no pueden tratarse como inimputables por ser esto claramente discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales, pero tampoco pueden verse bajo la óptica del error de prohibición culturalmente condicionado en un sentido amplio que abarque la comprensión de la misma, como sí sucede con los delincuentes por motivos de conciencia, hemos descartado la posibilidad de una exculpación total o parcial de los delincuentes por convicción ("C"), por lo que en este momento debemos analizar si es posible usar, para estos casos, algunos casos en los que no es necesaria la pena ("NP") y así eliminar la atribuibilidad ("At"), por lo que estudiaremos de manera breve la interpretación que se le ha dado al estado de necesidad -que originalmente se entendería como exculpante y no en aspectos de la necesidad de la pena- a la luz del problema de investigación que nos aborda.

Con todo, si definimos rápidamente el estado de necesidad, podemos ver que, como se vio en el numeral 7 del, repetidamente citado, artículo 32<sup>648</sup>, quien comete un hecho punible para protegerse<sup>649</sup> a sí mismo, a parientes suyos o a personas con las

---

<sup>648</sup> Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

<sup>649</sup> La acción debe basarse en una voluntad de socorro, es decir, en conocimiento de la situación de peligro. Pese a la existencia de una situación objetiva de peligro, el privilegio es excluido cuando el autor en estado de necesidad no actúa determinado por una voluntad de socorro, sino motivado por una mera intención de lesionar, en tanto la acción es inadecuada y por ello excluyente del privilegio. Para más información véase a Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *"Derecho Penal: Parte General"*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 575.

que guarda una estrecha relación, de un peligro inminente<sup>650</sup> contra la vida, el cuerpo y la libertad como bienes jurídicos esenciales, que no puede ser evitado de otra forma, se dificulta esencialmente la autodeterminación conforme a la norma<sup>651</sup> pues entran en conflicto bienes jurídicos y magnitudes de afectación de éstos que resultan equivalentes o cuando se sacrifica el bien mayor<sup>652</sup>.

No obstante, sólo es posible una invocación del estado de necesidad cuando la tolerancia de la situación de peligro desencadenante de la colisión no sea exigible al autor bajo la consideración de la mayor o menor pretensión, pues el deber de soportar el peligro debe ser graduado y tratado diferenciadamente conforme a

---

<sup>650</sup> Es indiferente la forma a través de la cual se origina dicho peligro pero, definitivamente, no puede ser evitable de otro modo pues, con ello, el hecho realizado bajo el estado de necesidad se muestra como el último y a la vez eficaz medio exigible que se encuentra a disposición del amenazado. Si existen medios jurídicos para la defensa éstos poseen preferencia. Además, llegado el caso, el amenazado debe asumir pérdidas que afecten sus propios derechos pues el autor que actúa bajo estado de necesidad se enfrenta a un deber de examen en el que el grado de exigencia está en función de la gravedad del delito y de la cercanía del peligro. Cuando el autor disponga solamente de la última salida, esto es, la agresión a los bienes jurídicos vitales del afectado, también cabe distinguir dentro de los límites si con el fin del rescate era suficiente la lesión corporal del afectado, en tal caso su eventual muerte no está cubierta por la exclusión de la responsabilidad por el hecho. Como regla general rige el principio de que, en ningún caso, puede considerarse como adecuado un medio por el solo hecho de presentarse como el más sencillo y cómodo para el autor en estado de necesidad. Para más información véase a Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 520.

<sup>651</sup> La exculpación a través del estado de necesidad no tiene lugar cuando, de acuerdo con las circunstancias, al autor le es exigible soportar el peligro. La cláusula de exigibilidad conecta con la toma en consideración de la disminución esencial del contenido de injusto y de la culpabilidad sobre la que se basa la exculpación a través del estado de necesidad. Si el valor del bien jurídico amenazado es sustancialmente menor que aquel otro en el que el hecho necesario lleva a cabo la intromisión, también será menor la disminución del injusto. Esta última puede descender hasta el punto cero en caso de una notable desproporcionalidad de los bienes en conflicto. Al mismo tiempo, decrece también la disminución del contenido de culpabilidad que es correlativo a la reducción del injusto. También la motivación que pesa sobre el autor y, con ella, la segunda causa de atenuación de la culpabilidad ligada a este punto de vista puede, de acuerdo con las circunstancias, bajar hasta tal punto o resultar compensada hasta un grado tal que la existencia de la situación de necesidad aparezca como algo exigible al autor. *Ibidem*, p. 518.

<sup>652</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar, *“Derecho Penal: Parte General”*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 747.

puntos de vista objetivos, en tanto ciertas personas están sometidas a deberes de soportar el peligro que se incrementan en relación con la gran mayoría de los miembros del organismo social<sup>653</sup>.

Con esto en mente, dado que, quizás, el caso más representativo de la delincuencia por motivos de conciencia –y ciertamente el más citado– es el de los testigos de Jehová que se niegan a prestar el servicio sustitutorio por motivos de conciencia, en cuanto a que delinquen para salvar su vida eterna, Peters también llegó a plantear que la pérdida de la vida eterna es pérdida de la vida, por lo que la amenaza a aquel que actúa en contra de su propia conciencia equivale a un peligro para el cuerpo, la vida o la libertad, dando pie al estado de necesidad<sup>654</sup>.

Los problemas con esto, que son evidentes, es que: i) desde el punto de vista del Estado “neutral ideológicamente” que consagra la constitución, no se puede otorgar, a la “vida eterna” en sí misma, carta de naturaleza como valor sobre el que pueda basarse la correspondiente ponderación de bienes<sup>655</sup>; ii) contiene limitaciones a la exculpación que no tienen ninguna correspondencia con el hecho de conciencia; y iii) el autor de conciencia difícilmente será empujado a actuar por la consideración de asegurar la vida eterna (en la cual quizás incluso ni crea), pues actúa más bien en razón de un impulso ético inquebrantable<sup>656</sup>.

Por lo anterior, Stratenwerth aboga por ese tratamiento de la necesidad de conciencia en los casos en que la realización a la fuerza de la conducta ordenada por el Derecho amenaza con destruir la personalidad del autor, por lo que el bien jurídico en peligro se encuentra en conflicto con otro interés de no inferior rango<sup>657</sup>. Es decir que cambia la protección de la “vida eterna” por la protección de la libertad

---

<sup>653</sup> Reinhart Maurach & Heinz Zipf, *“Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 571.

<sup>654</sup> Karl Peters, *“Überzeugungstäter und Gewissenstäter”*, Festschrift für H. Mayer, 1966, p. 257.

<sup>655</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 406.

<sup>656</sup> Claus Roxin, *“Una vez más...”*, p. 25.

<sup>657</sup> Günter Stratenwerth, *“Strafrecht: Allgemeiner Teil”*, Köln, 1981, p. 618, citado por Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia...”*, p. 232.

de conciencia como derecho objetivo constitucionalmente reconocido en el ámbito de la culpabilidad<sup>658</sup>.

Esto significa que, para él, cuando hay un conflicto de conciencia destructor de la personalidad determinado por una verdadera fuerza de la conciencia, a través de lo que denomina un mandato fundamental de la conciencia ante una seria lesión de bienes jurídicos<sup>659</sup>, al autor se le exigen sólo acciones de salvación de otras personas, como en el hecho de no impedir la transfusión de un pariente próximo, con lo cual se excluye el estado de necesidad en el caso de los padres que ponen en peligro la vida del niño, así como de una tercera persona que no se encuentre ella misma sometida a la presión de conciencia<sup>660</sup>.

El problema con esta corrección en la aplicación del estado de necesidad para los casos de delincuencia por motivos de conciencia, para los que, de todas formas, ya vimos una solución, es que, aunque existe un riesgo para la personalidad y un riesgo para la propia dignidad humana, la amenaza de la pérdida de identidad no está consagrada como fundamento del peligro en los términos del estado de necesidad<sup>661</sup>, aunque la noción de destrucción de la personalidad y la vida digna la volveremos a tratar cuando hablemos de la causa supralegal de exclusión de la culpabilidad donde no presenta tal inconveniente de carácter positivo. Por otro lado, Jakobs, para criticar tal acercamiento, aunque resulta discutible, dice que el conflicto, en ciertos casos, puede haber sido provocado por el autor<sup>662</sup>. No ahondaremos al respecto en tanto la propuesta del estado de necesidad, aunque llamativa, no soluciona realmente el problema jurídico planteado pues fracasa en la explicación de la delincuencia por motivos de conciencia y no se aproxima siquiera a la delincuencia por convicción.

#### ***1.2.2.4 Necesidad preventivo general de la pena.***

---

<sup>658</sup> Augusto Epifanio da Silva Días, *óp. cit.*, p. 153.

<sup>659</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 232.

<sup>660</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *"La libertad ideológica..."*, p. 407.

<sup>661</sup> Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 345.

<sup>662</sup> Günther Jakobs, *"Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación"*, Traducido por: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 573.

Desde que nos planteamos si, ante una convicción inherente a la conciencia, la pena representa una consecuencia jurídica adecuada a la naturaleza del hecho y a los derechos fundamentales o si, por el contrario, debería estudiarse otro tratamiento jurídico-penal, hemos mencionado que el debate ha pasado por una pena privativa de la libertad no infamante (*Einschliessung*), en los años veinte, a la ausencia total de un “privilegio” cuando el delito está motivado en una convicción político-ideológica, a menos que los autores sean víctimas de regímenes totalitarios, en los años sesenta, y finalizó en el olvido de la discusión en la actualidad<sup>663</sup>.

Ahora bien, si diferenciamos la delincuencia por convicción de la delincuencia por motivos de conciencia, dijimos que se puede afirmar que, para estos últimos, cabe la presencia de un error de prohibición, aunque con un importante problema de vencibilidad pues, cuando se trata de delitos graves, el reproche aumenta y el conflicto de conciencia que fomenta el, también, conflicto de deberes y el error sobre la licitud de la conducta, no siempre es suficiente para exculpar la conducta<sup>664</sup>.

No obstante lo anterior, aun pasando por diferentes alternativas, hemos visto que el caso del delincuente por convicción, aunque tenga obligatoriedad en su actuar, al no presentar un conflicto profundo de conciencia, no puede ser exculpado, pues se trata de un sujeto que conoce la prohibición por la norma y consiguiente antijuridicidad, incluso penal, de su conducta, pero consciente y voluntariamente no cumple la prohibición porque ya internamente no la respeta y, por el contrario, está convencido de que es correcto delinquir -incluso gravemente- para conseguir los fines pretendidos por una determinada ideología opuesta y enfrentada con las normas jurídicas vigentes<sup>665</sup>. De tal manera que psicológica y fácticamente sí existe

---

<sup>663</sup> Hans Joachim Hirsch, óp. cit., p. 198.

<sup>664</sup> Las objeciones se dan cuando las decisiones de conciencia directamente conculcan bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, los cuales, además de más importantes que la libertad de conciencia misma, son indispensables para el desarrollo de los demás ciudadanos que obviamente tienen derecho también a su protección jurídica. Para más información véase a Francisco Muñoz Conde, “La objeción de conciencia...”, p. 283.

<sup>665</sup> El delincuente por convicción desacata una ley que se corresponde con el orden constitucional de valores y con el principio democrático de la mayoría y que puede exigir, por tanto, ser respetada, por lo que el mismo puede comportarse conforme a derecho, en tanto no es como que se trate de una enfermedad mental o de una neurosis compulsiva. Para más información véase a Claus Roxin, “Derecho Penal: Parte General”, p. 950

accesibilidad a la norma, tanto posibilidad de conocimiento y comprensión de la misma como motivabilidad o determinabilidad por la amenaza de la norma penal<sup>666</sup>. Con esto resolvemos, finalmente, el interrogante que se abrió al finalizar el capítulo segundo.

Sin embargo, aun cuando el autor por convicción realice un ilícito, cabe, todavía, la posibilidad de no se le imponga la pena totalmente o que se le imponga de manera parcial por razones preventivo generales<sup>667</sup>, en tanto la ausencia de responsabilidad es la falta de una necesidad preventiva de pena, que es también lo que justifica otro tipo de exenciones como el estado de necesidad, que acabamos de ver, o el exceso en la legítima defensa<sup>668</sup>, sea porque: i) resulte suficiente con una solución civil, administrativa o contravencional o incluso otra consecuencia penal distinta de la pena; o ii) porque resulte adecuada una atenuación de esta última<sup>669</sup>.

Con respecto a esa primera categoría, es decir, la necesidad última de la pena que puede prescindirse cuando existe una alternativa ajena al Derecho Penal, lo cierto es que, al estar hablando de actos por convicción que no respetan los principios de la dignidad humana ni los principios más básicos de los ordenamientos jurídicos democráticos, sencillamente no se puede hacer uso de otra rama del Derecho en tanto la pena está determinada en razón a las consecuencias para la vida futura de los autores en sociedad y los delincuentes por convicción son sujetos plenamente socializados, conscientes de los principios más básicos de los ordenamientos

---

<sup>666</sup> El delincuente por convicción, por mucho que lo sea, normalmente sí es intimidable, susceptible de sentir temor a la amenaza de cumplimiento de la pena y ciertamente no es normalmente accesible, o sólo muy insuficientemente, a la otra faceta de la prevención general, la denominada positiva, o de convicción y respeto a la norma, precisamente por no compartir sus valores sino otros opuestos. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 855.

<sup>667</sup> Recordemos que estamos basándonos en un sistema similar al que utiliza Roxin, donde la impunidad viene apoyada tanto en la inexistencia de antijuridicidad o culpabilidad, como en la ausencia de "responsabilidad" del autor, es decir, en la ausencia de necesidad de imponer una pena. Para más información véase a José Manuel Gómez Benítez, *"Consideraciones..."*, p. 77.

<sup>668</sup> Claus Roxin, *"Política criminal y sistema del Derecho Penal"*, Traducido por: F. Muñoz Conde, Barcelona, PPU, 1972, p. 63.

<sup>669</sup> Hans Joachim Hirsch, óp. cit., p. 190.

jurídicos democráticos<sup>670</sup>, por lo que darles un tratamiento diferenciado frente a la pena supondría una vulneración a la igualdad social de los demás ciudadanos.

Adicional a esto, con respecto al segundo punto acerca de la atenuación de la pena, en esa indisoluble relación de la culpabilidad con la pena ("C + NP") , una posible atenuación de la pena está, necesariamente, relacionada con la disminución de la culpabilidad y, como hemos visto, el autor por convicción es perfectamente culpable y no puede tener una disminución de lo ilícito –que no prescinde de los límites éticos ni de la ponderación en términos relativos a la desproporción excesiva- en tanto se confundiría el valor positivo en la esfera de lo ilícito que determina la disminución, con cualquier motivación del autor<sup>671</sup>.

Así entonces, en los supuestos de delincuencia por convicción, donde hay consideraciones normativas que se oponen frontalmente a la exculpación e incluso a la atenuación de la culpabilidad, en tanto la actuación y motivación de los delincuentes por convicción merecen efectos preventivos -por tratarse de actos y actitudes peligrosísimas y de enfrentamiento total con el ordenamiento jurídico- y no pueden merecer comprensión, entendimiento, disculpa, disminución de la pena ni una pena distinta de la prevista para el autor común<sup>672</sup>, a menos que, en casos totalmente extremos y excepcionales, la situación psicológica de fanatismo de un peligroso delincuente por convicción puede ser tan anormal y debida, por ejemplo, a un auténtico lavado de cerebro, que el sujeto llegue a estar en una situación de plena anomalía psíquica o de alteración o trastorno mental transitorio, se excluye su culpabilidad por inimputabilidad pero, por su peligrosidad, se aplicarían las medidas de seguridad<sup>673</sup>.

Con todo, difícilmente puede hablarse de impunidad total o parcial para los delincuentes por convicción pues la imposición de la pena resulta necesaria. Es decir que no encontramos motivos para exculpar a los delincuentes por convicción ("C") y tampoco razones para hablar de la innecesariedad de la pena ("NP"), por lo que,

---

<sup>670</sup> Joan Baucells I Lladós, óp. cit., p. 392.

<sup>671</sup> Carlos Pérez del Valle, "Conciencia...", p. 272.

<sup>672</sup> Dietrich Lang-Hinrichsen, "Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform", en J.Z., 1966, p. 161, citado por Carlos Pérez del Valle, "Conciencia...", p. 261.

<sup>673</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, "Actuación de conciencia...", p. 612.

entonces, nos queda analizar si podemos ver esta situación desde la posible eficacia penal de las normas constitucionales sobre los fines de las penas, lo que no significa otra cosa que la existencia de causas supralegales de exclusión de la totalidad del concepto de atribuibilidad<sup>674</sup> ("At = [C + NP]").

### 1.2.3 Causa supralegal de exclusión de la atribuibilidad

A medida que avanzamos y exponemos las diferentes teorías que se han planteado para solucionar el problema jurídico, hemos visto que, como es apenas lógico, no existe un consenso doctrinal sobre el elemento sistemático del concepto de delito en cuya sede debe resolverse esta cuestión, pero también hemos podido notar que, dado que las conductas típicas amparadas en convicciones son contrarias a Derecho, es decir, antijurídicas y que, por tanto, no están justificadas, las convicciones inherentes a la conciencia individual no pueden imponerse sobre el Derecho.

No obstante lo anterior, dado que, desde el primer momento, hemos propendido por el respeto de las convicciones, en tanto gozan de protección constitucional, aun cuando parece difícilmente concretable normativamente el contenido y requisitos de una causa de exclusión de la pena por ausencia de la necesidad de la misma, no se puede descartar su influencia e impacto en el Derecho Penal, puesto que, si partimos de la base que en el tipo criminológico estudiado, aun sin que se presente un conflicto profundo de conciencia, hay una convicción que actúa como potente fuerza psíquica que le obliga a decidir en contra de Derecho: la libertad de conciencia. Esto debido a que el sujeto no está obligado a actuar en contra de sus convicciones y esto no es otra cosa que el reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta<sup>675</sup>, por lo que el contenido constitucional puede fundamentar, en el mejor de los casos, un supuesto de excepción personal al deber general en el caso concreto, es decir, una causa de influencia supralegal, bien excluyente, bien atenuatoria, sobre la atribuibilidad del delito típico y antijurídico al autor<sup>676</sup>.

---

<sup>674</sup> José Manuel Gómez Benítez, "*Consideraciones...*", p. 79.

<sup>675</sup> Carlos Pérez del Valle, "*Conciencia...*", p. 243.

<sup>676</sup> Gómez Benítez dice que en realidad se trata de un caso de difusa inexigibilidad de una conducta distinta, en tanto el derecho fundamental a la libertad de conciencia habría consolidado en el autor un deber de actuar conforme a su conciencia que colisiona con otro deber, éste impuesto por una



Por esta razón, si hablamos de la admisión del derecho fundamental a la libertad de conciencia en el Derecho Penal, estamos hablando de la admisión de una causa supralegal de exclusión de la responsabilidad que consagre la culpabilidad y, al mismo tiempo, nos permita acceder, a su vez, desde un punto de vista político-criminal, al marco de la necesidad preventiva de la pena<sup>677</sup> ("C + NP"), lo que indica que, en este punto, más que en los anteriores, tiene especial relevancia la noción de atribuibilidad que ensamblamos ("At"), puesto que ésta es la que nos permite conectar la dogmática jurídico-penal con una perspectiva de índole político-criminal para dar un paso hacia una visión más realista de la problemática de la actuación por convicción a efectos de mantener el orden social pacífico<sup>678</sup>, puesto que permite interrogarnos acerca del grado de aceptación con que la sociedad puede recibir las diversas soluciones legales o doctrinales con las que afronte la problemática de la desobediencia del Derecho<sup>679</sup>.

Entendido lo anterior, aunque por regla general el Derecho es un orden objetivo y sufriría una merma esencial en su poder regulador de conductas si cualquier persona pudiera hacer caso omiso del mismo, es lícito deducir, de los principios político-criminales (basados por su parte en la ley) y de la eficacia directa del derecho a la libertad de conciencia en el ámbito del Derecho Penal -por su innegable naturaleza de derecho positivo-, que se puede excluir la penalidad respecto de determinados tipos de situaciones claramente perfilados aun cuando el legislador

---

norma penal, que obliga con carácter general a actuar de determinada manera. Para más información véase a José Manuel Gómez Benítez, Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, En: *"Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho"*, 1993, p. 72.

<sup>677</sup> José Manuel Gómez Benítez, *"Estudios Penales"*, Madrid, Colex, 2001, p. 110.

<sup>678</sup> Claus Roxin, *"Culpabilidad..."*, p. 91.

<sup>679</sup> En el capítulo segundo hablábamos de la reprochabilidad social que se le asignaba a ciertos delitos por convicción, cuando aún no modificábamos la definición, tenemos que hay algunos supuestos en los que el delincuente ha actuado en función de unos motivos que la sociedad estima dignos de aprecio y, por ende, siendo de todos modos reprobables los medios empleados para la consecución de este fin, se les da una pena leve. Esto, en términos de Derecho Penal, supone que se acepta la viabilidad de una menor exigibilidad, lo cual abre la puerta, si no a la exclusión, sí a una disminución de la culpabilidad por el hecho. Para más información véase a Josep María Tamarit Sumalla, *"Libertad de conciencia..."*, p. 397.

no contemple tales constelaciones<sup>680</sup> y, por tanto, tampoco se haya pronunciado implícitamente en contra de que se las tome en consideración. Estas situaciones son resumidas por Roxin de la siguiente manera: i) cuando un sujeto sólo pudo salvar vidas humanas sacrificando a otros hombres; y ii) las actuaciones por convicción y motivos de conciencia<sup>681</sup>.

Con respecto a este segundo punto, que es nuestro tema de estudio, la doctrina ha identificado dos requisitos justificativos de la inexigibilidad que consagra la atribuibilidad en su totalidad y la disminución total o parcial de ésta, determinante en todos los casos que responden a esta estructura, para hablar de ausencia de responsabilidad: i) que el autor no se entrometa en una esfera jurídica ajena apelando a su conciencia; y ii) que actúe para preservar un bien jurídico penalmente protegido. La consolidación de esta exigencia acumulativa –motivos de conciencia, no invasión de una esfera jurídica ajena y la finalidad de preservar un bien jurídico penalmente protegido– sería capaz de dotar de la suficiente concreción a la causa supralegal vinculada al derecho fundamental a la libertad de conciencia y al principio constitucional de necesidad de las penas<sup>682</sup>.

---

<sup>680</sup> La razón última de la reivindicación de las causas de exculpación se encuentra en la inexigibilidad de la conducta conforme a la norma, pese a que el autor pudo actuar de acuerdo con ella y, por tanto, pese al desamparo consecuente del derecho positivo, una vez confirmado el juicio culpabilístico de reproche. Toda exculpación se construye, pues, sobre supuestos excepcionales, incluso desde el punto de vista de la culpabilidad de las personas por sus hechos. Cuando, además, se reivindica una causa de exculpación supralegal, es porque se atiende a situaciones motivacionales y conflictos extraordinarios no previstos, no obstante, en normas positivas de exculpación, pero en las que se acepta que el autor debe encontrar el amparo del Derecho. Para más información véase a José Manuel Gómez Benítez, *“Consideraciones...”*, p. 77.

<sup>681</sup> Claus Roxin, *“Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”*, En: Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 89.

<sup>682</sup> Para esto no es necesario que el hecho se mantenga dentro de los límites inmanentes de la libertad de conciencia, pues en ese caso resulta problemático entender por qué si el derecho fundamental de libertad de conciencia garantiza el comportamiento exterior adecuado a los juicios de conciencia –no sólo el fuero interno– y el Derecho penal sólo permanece inactivo ante comportamientos que se mantienen dentro de los límites inmanentes del derecho fundamental, esos casos no los son de justificación, máxime si el núcleo argumental de los límites del derecho es el de la ponderación. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, *“Conciencia...”*, p. 283.

Así, para los delincuentes por motivos de conciencia, quienes además presentan una doble disminución: tanto el desvalor de acción respecto al error de prohibición culturalmente condicionado, como el desvalor de resultado, en cuanto se evita la autodestrucción de su personalidad, lo cual vimos tenuemente en el estado de necesidad, justificaríamos, con mayor contundencia, la exclusión de su responsabilidad penal<sup>683</sup>.

Sin embargo, para el tratamiento del autor por convicción con motivaciones morales, por sus diferencias con el autor por motivos de conciencia en tanto no existe un conflicto de conciencia profundo que, de no solucionarse, pueda presentar daños a la salud mental del sujeto, Ebert, inicialmente, propuso limitar la admisibilidad de un privilegio en la aplicación de la pena con el establecimiento de tres condiciones:

- i) Que se haga un examen crítico de la propia actuación y convicción del individuo, con el objeto de averiguar si el objetivo por él perseguido podía también conseguirse sin la perturbación del orden jurídico y, aun en caso de una respuesta negativa, si desde la misma conciencia del sujeto resultaba tolerable el perjuicio ocasionado con su comportamiento en otras personas o en la seguridad jurídica general<sup>684</sup>.
- ii) Que se valore la motivación del autor dentro del orden fundamental liberal y democrático como objetivo de su acción, en tanto el altruismo que impulsa a muchos delincuentes aparece contrarrestado por la pretensión de acabar con el orden democrático pero tiene por misión el favorecimiento de la libertad, la justicia y el bien de la comunidad<sup>685</sup>.
- iii) Que se compense la disminución de pena del autor por convicción que cumpla las condiciones con otras circunstancias del hecho de naturaleza agravatoria, como la peligrosidad o la gravedad de la acción, cuando la ley lo establezca como en los casos de terrorismo, aunque también se

---

<sup>683</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 294.

<sup>684</sup> Udo Ebert, *óp. cit.*, p. 81, citado por Josep María Tamarit Sumalla, *"La libertad ideológica..."*, p. 411.

<sup>685</sup> *Ibidem.*, p. 82.

analicen, siempre, si eso es necesario por razones preventivas<sup>686</sup>.

Así entonces, parecía ser posible conceder un tratamiento atenuatorio, con una serie de limitaciones, al autor por convicción en quien no concurre una necesidad extrema de conciencia, pues actúa en virtud de una conciencia del deber basada en planteamientos ideológicos, aunque no llegue al punto de suponer una presión interna insoportable, sobre la base de una concepción ético-social de la culpabilidad, admitiendo una disminución de ésta en aquellos autores cuyo hecho merece un respeto desde el punto de vista de los propios valores éticos materializados en el orden jurídico –el delincuente ha tomado una opción contraria a Derecho de modo reprochable, pero con la pretensión de salvaguardar unos valores que también son reconocidos por el Derecho-, dando lugar, así, a una culpabilidad –tanto ética como jurídica- atenuada<sup>687</sup>.

No obstante lo anterior, esta solución no resulta del todo admisible en cuanto a que, como se ha hablado, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no resulta aceptable la concepción eticista de la culpabilidad pues la crisis del concepto de culpabilidad como categoría dogmática tiene, precisamente, su origen en el abandono por parte de la doctrina de su fundamento metafísico tradicional ligado a la creencia del libre albedrío, lo que dio paso a que se liberara a la idea de reproche de sus componentes moralizantes y estigmatizantes<sup>688</sup>.

Por ende, para corregir este aspecto, en tanto ya se ha dicho con suficiencia que sí hay culpabilidad en el autor pues habría debido y podido comportarse de otro modo, manteniendo la noción de baja reprochabilidad desde un punto de vista social para justificar una atenuación de la sanción penal, es cuando se debe acuñar

---

<sup>686</sup> Se impondría la necesidad de considerar la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, pues, así como resulta aceptable plantear la relevancia de un móvil socialmente valioso en una conducta atentatoria contra la solidaridad o la defensa nacional, ello será difícilmente aceptable si lo que está en juego son bienes individuales como la vida o la integridad física o moral, pues desde una perspectiva constitucional estos bienes constituyen el fundamento esencial del orden jurídico, con lo cual la motivación será difícilmente calificable como socialmente valiosa. Para más información véase a Josep María Tamarit Sumalla, "*Libertad de conciencia...*", p. 397.

<sup>687</sup> Udo Ebert, óp. cit., p. 78, citado por Josep María Tamarit Sumalla, "*La libertad ideológica...*", p. 410.

<sup>688</sup> Claus Roxin, "*Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*", Traducido por: F. Muñoz Conde, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 64.

el concepto de atribuibilidad, de tal forma que la negación parcial a la responsabilidad jurídico-penal se sirva de una argumentación político-criminal relativa al fin de la pena<sup>689</sup>, en tanto la actuación no implique peligro de repetición reiterada y por ello no resulte penalmente intolerable desde el punto de vista social ni del Derecho Penal<sup>690</sup>.

Con esto, no se pondría en cuestión la validez del orden jurídico y aseguraría la adecuación de los diferentes casos a unos criterios tipo que expresan los requisitos necesarios para tal exclusión, permitiendo una explicación de coherencia dentro del orden jurídico como sistema de normas de carácter vinculante<sup>691</sup>.

En conclusión, luego de esa breve corrección, que en realidad sólo consistió en cambiarle el enfoque a uno de los diferentes requisitos tratados, cuando la actuación en conciencia o la objeción de conciencia no está justificada por ejercicio del derecho de libertad de conciencia, si hay un conflicto de conciencia extremo y se dan determinadas circunstancias adicionales, ésta puede ser normativamente comprensible, de tal forma que puede no haber responsabilidad penal en tanto, desde la atribuibilidad ("C + NP") la conducta sería inexigible desde un punto de vista supralegal<sup>692</sup>, mientras que, si no hay un conflicto extremo sino que las razones

---

<sup>689</sup> Claus Roxin, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", En: Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, Traducido por: Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 91.

<sup>690</sup> Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 853.

<sup>691</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 281.

<sup>692</sup> Recordemos que las razones de conciencia le pueden crear tal conflicto interno (psíquico, motivacional) al sujeto con la presión que también supone la prohibición (o mandato) penal, que en el plano fáctico resulte total o prácticamente anulada su accesibilidad normativa, es decir, suprimida o gravísimamente coartada la posibilidad de determinarse o motivarse por la norma jurídica ante la presión insalvable de la norma ética individual de su conciencia. Esta situación fáctica de conflicto motivacional extremo, o sea, insoportable para el sujeto, es, como ya hemos visto, el primer presupuesto para poder apreciar una situación de inexigibilidad penal subjetiva. Y hay que reconocer que fácticamente ese conflicto de conciencia extremo, subjetivamente insoportable, es mucho más fácil que se produzca si se comete una conducta delictiva por un conflicto de conciencia religiosa que sólo por razones de conciencia ética sin motivación religiosa; pues en este segundo caso será más infrecuente que las razones de conciencia ética para oponerse a la norma jurídica le creen al sujeto, no ya una presión (que desde luego disminuirá la posibilidad normal de determinación por la norma), sino un conflicto de conciencia absoluto y psíquicamente insoportable, mientras si es la

de conciencia ejercen solamente una considerable presión motivacional al sujeto para no respetar la norma, como en los casos de delincuencia por convicción, solamente habrá exigibilidad penal individual disminuida y por ello disminución parcial a de la atribuibilidad<sup>693</sup>.

## 2. Toma de postura

En la búsqueda de una solución al problema jurídico estudiado, en este capítulo tuvimos las primeras respuestas teóricas al mismo. Por esta razón, es momento de tomar una postura en el debate para poder aplicarla en la realidad jurídico-social colombiana, que es el punto que viene a continuación.

Ahora bien, tomar una postura parecería innecesario puesto que, dado que cada paso que se desarrolla en el texto implica la toma de una serie de decisiones para darle sustento y continuidad a la investigación, ya hemos hecho mención a las teorías que apoyamos en tanto ya hemos expuesto sus argumentos en la búsqueda por una respuesta lógica y conducente.

Por lo tanto, dado que, en este punto, vimos cómo se reunieron diferentes tópicos que habíamos tratado durante los anteriores capítulos, en tanto se podría decir que aquí estamos marcando el final de la parte general del texto, más que una toma de postura es absolutamente determinante que reflexionemos sobre lo que hemos estudiado y extraigamos un par de conclusiones para librar dudas y fomentar una

---

convicción religiosa la que le impone al sujeto un gravísimo deber moral de conciencia, entonces se le produce al sujeto una colisión insuperable con el deber jurídico contrapuesto que no admite lo que le ordena el deber religioso, por lo que, si cumpliera el deber jurídico estaría desobedeciendo un mandato moral-religioso para él mucho más importante y prevalente y pecando gravemente, pudiendo incluso condenarse. Para más información véase a Diego-Manuel Luzón Peña, *"Derecho Penal: Parte General"*, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 853.

<sup>693</sup> No se trata de dar entrada a una causa supralegal de exculpación para el autor por convicción basada en la aplicación inmediata del principio de culpabilidad y el principio de Estado de Derecho, sino de tener en cuenta que, debido a la fuerza de las convicciones, la libertad de conciencia puede constituir un componente normativo que fundamente la menor exigibilidad de otra conducta. Para más información véase a Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 320.

lectura adecuada de lo que se nos avecina, donde cambiaremos significativamente el enfoque en la solución del problema.

Así entonces, hasta el momento hemos hablado de la conciencia como el medio a través del cual son asumidos los conceptos valorativos y son enjuiciadas por anticipado las propias acciones, lo cual es tan poco explicable como la libertad misma, pero, con esto, establecimos que las decisiones de la conciencia son, en su mayoría, inequívocas, incondicionales y son reconocidas por la persona misma sin contradicción alguna, a tal punto que, incluso, cuando existe un conflicto con la norma jurídica, a pesar de su carácter vinculante del ordenamiento jurídico, el individuo puede sentirse forzado a realizar un comportamiento contradictorio con aquel<sup>694</sup>. Hasta aquí, entonces, nos encontramos ante la estructura común del delincuente por convicción y del delincuente a conciencia –o por motivos de conciencia-.

Posteriormente, luego de un cuidadoso examen de las formas de castigo a esta forma de delincuencia a lo largo de la historia y otras aclaraciones con respecto de los fines de la pena y la concepción de culpabilidad, establecimos que las conductas por convicción o por motivos de conciencia son antijurídicas, en tanto a que estamos tratando con casos en los que evidentemente hay lesión y existe también una determinación del orden jurídico a favor, exclusivamente, de la acción del sujeto, que desborda el legítimo ejercicio de un derecho como causal de justificación<sup>695</sup>.

Por ende, buscamos la respuesta al tratamiento jurídico penal de la delincuencia por convicción en la culpabilidad, por lo que, en primer lugar, tuvimos que definirla con respecto a su desarrollo histórico y teórico y también actualizarla para así poder, después, analizarla a la luz de la delincuencia por convicción.

En este sentido, después de hacer un breve recuento del debate dogmático que la ha rodeado, logramos quedarnos con un concepto de culpabilidad limitativo de las sanciones jurídico-penales pero no fundamentativo, en tanto la culpabilidad es una

---

<sup>694</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 445.

<sup>695</sup> Joan Baucells I Lladós, *óp. cit.*, p. 319.

condición necesaria pero no suficiente para la imposición de la pena<sup>696</sup> pues debe ir acompañada, en el tercer escalón de la estructura de la responsabilidad penal, con un fin exclusivamente preventivo de la pena. Por lo tanto, como se venía adelantando desde la introducción de este texto, modificamos, de acuerdo a las actualizaciones teóricas presentes, el esquema de la responsabilidad penal que manejamos hasta el capítulo segundo, para dar paso a una fórmula donde, en efecto, aunque no es nada nuevo, el merecimiento y la necesidad de pena integran el sistema junto a la culpabilidad (“T + A + [C + NP] = RP”), con lo que tienen cabida en el análisis criterios ajenos al Derecho como pueden ser –por qué no– político criminales, bajo el entendido que las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y un orden social que está a su servicio, de tal manera que la pena no puede sobrepasar en su duración a la medida de la culpabilidad pero sí admite que la cuantía se quede por debajo de la medida de culpabilidad<sup>697</sup>.

No obstante lo anterior, aunque partimos de una fundamentación exclusivamente preventiva del Derecho Penal –sin que ello signifique renunciar al modelo del Derecho Penal de doble vía– y llegamos a una concepción de la culpabilidad únicamente de carácter limitativo, esto no implica, en ningún caso, que se trata de una concepción de la culpabilidad que no consista en la autodeterminación del autor de un delito por no haber obrado de conformidad al derecho, ya que, en realidad, hay netamente un cambio en el enfoque, en cuanto a que ya no se prioriza la decisión de voluntad libre sino que, por el contrario, se asiente en la idea de la necesidad de

---

<sup>696</sup> Eduardo Demetrio Crespo, *“Culpabilidad y fines de la pena: Con especial referencia al pensamiento de Roxin”*, Lima, Grijley, 2008, p. 57.

<sup>697</sup> El principio de culpabilidad se opone a la pena que va más allá del marco superior de la culpabilidad, pero no a la que se sitúa por debajo, ya que la pena es solo necesaria cuando resulta un medio imprescindible para cumplimentar suficientemente los fines de protección preventivos del Derecho Penal. Por lo anterior, el principio de culpabilidad se satisface al estar acreditado que el autor del injusto, pese a hallarse en condiciones de comportarse conforme a derecho en virtud de su capacidad de autodeterminación y de la posibilidad de conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de su conducta, en lugar de preferir ello, elige actuar en contra de la norma prohibitiva. Para más información véase a la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de enero de 2018. Radicación N° 46283 Aprobado acta N° 16. M.P.: Eugenio Fernández Carlier.



prevenir la comisión de delitos para la protección de bienes jurídicos<sup>698</sup>, por lo que no está en condiciones de agravar la pena, sino solo de atenuarla o excluirla.

Con esto en mente, no propusimos, en ningún caso, a la sustitución de modo completo de la categoría de la culpabilidad, como presupuesto de la punibilidad, por la necesidad preventivo-general de la pena, como sucede en Jakobs, pues no se puede descuidar que el único concepto de culpabilidad que entendemos válido en el Derecho Penal del Estado de Derecho es el relativo a la “culpabilidad por el hecho”, correspondiente también a un “Derecho Penal del hecho”, por lo que el modelo sustitutivo de Jakobs, que remite a un concepto de “culpabilidad de autor” resulta autoritario<sup>699</sup>.

---

<sup>698</sup> La Corte ha estado en transición entre la decisión de voluntad libre y la atribución del injusto al autor y ha llegado a plantear que se trata de persona imputable a quien le era exigible un comportamiento conforme a derecho y no se tenga prueba que indique a suponer la incapacidad de ajustar su proceder a la normatividad vigente, con lo que la mera capacidad de actuar conforme a derecho fundamenta en buena medida la toma de decisiones abiertamente ilegal. Para más información véase a la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de enero de 2016. Radicación N° 46806. Aprobado acta N°. 10. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de julio de 2009. Radicación N° 27277. Aprobado acta N° 223. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de junio de 2016. Radicación N° 42720. Aprobado acta N° 189. M.P.: Eugenio Fernández Carlier; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de julio de 2014. Radicación N° 27198. Aprobado acta N° 216. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

<sup>699</sup> La nueva vía seguida por el “funcionalismo” de la nueva Escuela de Bonn, encabezada por Jakobs, caracterizada por una completa renormativización de los conceptos jurídico-penales, con el apoyo del análisis sistémico-funcionalista que Luhmann importara al mundo del Derecho, resulta criticable, pues –como ha señalado Hirsch– del alto grado de formalismo y abstracción que se confiere a los conceptos fundamentales de la dogmática resulta su completa manipulabilidad y la pérdida de su función garantista. La respuesta de Jakobs a la contundente crítica del ahora catedrático emérito de la Universidad de Colonia, de que no se castiga al asesino por rebelarse contra la norma sino por destruir una vida humana, alegando que solo la presencia de una norma convierte al sistema psicofísico ser humano en un ser humano que no debe ser matado sin razón, no hace sino confirmar el formalismo neopositivista del pensamiento de Jakobs, inmune en todo caso a críticas extrasistemáticas. Para más información véase a Eduardo Demetrio Crespo, *“Culpabilidad y fines de la pena: Con especial referencia al pensamiento de Roxin”*, Lima, Grijley, 2008, p. 60.

Una vez superado lo anterior, separamos la delincuencia por convicción, de manera efectiva, de la delincuencia por motivos de conciencia, en cuanto a que esta última, aunque por momentos parezca una cuestión puramente terminológica, involucra, a grandes rasgos, un conflicto profundo que determina el comportamiento del autor como un deber moral equiparable a un error de prohibición culturalmente condicionado amplio, en donde no se habla del proceso de conocimiento sino de la no comprensión de la obligatoriedad de la norma positiva<sup>700</sup>, aunque esto, en nuestra opinión, es solo la primera parte de la exculpación, pues también está la presencia del riesgo latente contra la personalidad y la vida digna ante la destrucción de la primera<sup>701</sup>.

Una vez descartado esto, tomamos al delincuente por convicción como autor que, si bien no desconoce el desvalor jurídico y ético social de su acto, se cree obligado a cometer el hecho por una convicción ética, religiosa o política, de tal forma que actúa correctamente según las leyes de su ética individual pero, desde el punto de vista jurídico penal, tiene acceso a la norma y capacidad de motivabilidad por la intimidación funcional de la pena para abstenerse de realizar ciertos actos, por lo que puede parecer discutible si cabe la posibilidad, al menos, de liberar al delincuente por convicción de una pena como lo planteó Radbruch en 1925<sup>702</sup>, enfocados puntualmente en el respeto del derecho a la libertad de conciencia y en la

---

<sup>700</sup> Los conflictos de conciencia son conflictos en los que se disminuye lo ilícito del comportamiento y, en tanto son conflictos propios en los que de forma plena puede recaer la eficacia irradiante del derecho fundamental de la libertad de conciencia, queda excluida la responsabilidad por el hecho. Ello determina que el carácter de ilícitos frente al orden jurídico positivo en general permanece, aunque su disminución en el Derecho penal determina que en ese ámbito no quepa la imposición de una sanción. Esta consecuencia se establece sin perjuicio de que el orden jurídico advierta, en otras áreas, la necesidad o conveniencia de imponer en todos o en ciertos casos prestaciones sustitutorias –incluso con un carácter sancionatorio, siempre que sea ajeno al poder punitivo del Estado– al cumplimiento del deber infringido. Para más información véase a Carlos Pérez del Valle, “Conciencia...”, p. 306.

<sup>701</sup> Reinhart Maurach & Heinz Zipf, “*Derecho Penal: Parte General*”, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 571.

<sup>702</sup> Reinhart Maurach, “*Tratado de Derecho Penal*”, Traducido por: Juan Córdoba Roda, T. II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 80.

protección fundamental que se le da a las actuaciones acordes a las convicciones inherentes a la personalidad del autor<sup>703</sup>.

En esta búsqueda vimos que, entre otras dificultades, resulta imposible eliminar la culpabilidad y la necesidad de la pena de los delincuentes por convicción en los casos de intervenciones severas en posiciones ajenas protegidas por derechos fundamentales (actos terroristas, homicidios por cuestiones de “honor” o la muerte de herejes), de modo que sólo podrían recibir un tratamiento jurídico-penal diferenciado –si eso es lo que se busca– los delitos de bagatela, es decir, los que no son realmente comprometedores, en tanto la autoridad del Estado y de las leyes se vería afectada incluso dentro de ciertos límites de tolerancia e integración en una sociedad multicultural<sup>704</sup>, aunque estos, como se vio en el segundo capítulo, ya tienen, en la teoría del delito, soluciones establecidas, como lo son el uso y la aplicación del principio de insignificancia y, desde la imputación objetiva, la valoración con respecto de la afectación al bien jurídico.

Entendido lo anterior, al haber descartado la culpabilidad y la necesidad de la pena –de manera individual– del análisis, cobró vital importancia la ampliación que se había hecho con respecto a la tercera categoría sistemática del delito, la que le sigue a la tipicidad (“T”) y a la antijuridicidad (“A”), para que abarque no solamente la culpabilidad del autor (“C”), sino también la necesidad preventiva de punición (“NP”) articulada a la teoría de los fines de la pena y a la política criminal (“C + NP”) –lo que Roxin llama “responsabilidad” pero nosotros, valiéndonos también de los postulados de Maurach, llamamos “atribuibilidad” (“At”)–, y que consagra, de manera general, la noción de exigibilidad e inexigibilidad<sup>705</sup> individual de la mano

---

<sup>703</sup> Natalia Ángel Cabo, El concepto de libertad y libre desarrollo de la personalidad, En: Helena Alviar García, Julieta Lemaitre Ripoll & Betsy Perafán Liévano, *“Constitución y democracia en movimiento”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2015, p. 242.

<sup>704</sup> Claus Roxin, “Una vez más...”, p. 36.

<sup>705</sup> Recordemos que se habla de la inexigibilidad total en la atribuibilidad puesto que la inexigibilidad que releva solamente a la culpabilidad se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él. Para más información véase a la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de julio de 2017. Radicación N° 41749. Aprobado acta N° 235. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

de componentes valorativos sociales (“At = [C + NP]”) <sup>706</sup>, pues fue allí donde entendimos que se puede cuestionar la punición de un hecho por convicción en el pilar más importante en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho: la eminente **dignidad humana del autor** que se deriva de la protección a las convicciones inmanentes a la libertad de conciencia<sup>707</sup>.

Así, basados en un principio de justicia, una exigencia del Estado Democrático, que hoy implica una superación del ideal clásico y liberal de la justicia como “trato igual para todos”, y una nueva concepción de ésta como “tratamiento desigual de los desiguales” <sup>708</sup> y valiéndonos de la concepción del Derecho Penal mínimo en virtud de la cual el Derecho Penal aparecerá legitimado tan sólo en la medida en que contribuya a minimizar la violencia existente en la sociedad<sup>709</sup>, proponemos que, en el caso de los autores por convicción, donde no puede hablarse de una exculpación, dependiendo del contexto fáctico de cada caso, se disminuya la atribuibilidad y, así mismo, la pena<sup>710</sup>.

---

<sup>706</sup> Está en mejores condiciones para abordar el problema de la culpabilidad y la teoría de los fines de la pena, y en particular, el significado de la aportación de Roxin frente a otros puntos de vista en el debate científico en torno al mismo. La primera aclaración que debe efectuarse es que, a diferencia de Von Liszt, Roxin entiende por política criminal no solo la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los principios fundamentales que según la Constitución y el Código Penal presiden la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad; de modo que también los grandes principios limitadores del Derecho Penal, como el de legalidad o el de culpabilidad, forman parte de la política criminal. Para más información véase a Eduardo Demetrio Crespo, *“Culpabilidad y fines de la pena: Con especial referencia al pensamiento de Roxin”*, Lima, Grijley, 2008, p. 35.

<sup>707</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *“Gewissenstat...”*, p. 540, citado por Claus Roxin, *“Una vez más...”*, p. 29.

<sup>708</sup> Francisco Muñoz Conde, *“Introducción...”*, p. 78.

<sup>709</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 419.

<sup>710</sup> Quien en virtud de una convicción en contra pasa por encima de la ley resulta en todo caso penalmente responsable; “la actitud interna que denota el hecho” sólo se puede tener en cuenta en la medición de la pena. Sólo la conciencia, en cuanto que su ejercicio se halla bajo la protección de la Constitución, puede producir la impunidad como fuerza impulsora de una conducta. Para más información véase a Claus Roxin, *“Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”*, Traducido por: D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 943.

Ahora bien, como se observaba en el acápite inmediatamente anterior cuando se citaba a Ebert y se denota al establecer que depende del contexto, para que haya una disminución en la atribuibilidad y, en consecuencia, una atenuación en la pena, deben darse, principalmente, dos requisitos, siendo estos que: i) el objetivo perseguido no pueda conseguirse sin la perturbación del orden jurídico y, aun en caso de una respuesta negativa, si desde la misma conciencia del sujeto resultaba tolerable el perjuicio ocasionado con su comportamiento en otras personas o en la seguridad jurídica general; y ii) las acciones directas estén destinadas a combatir fuera de los cauces legales a favor de causas que, socialmente, a partir de los principios constitucionales, se entiendan menos reprochables, es decir, que la motivación ideológica del autor sea valorada dentro del orden fundamental liberal y democrático en el favorecimiento de la libertad, la justicia y el bien de la comunidad.

Esto permite que, ante las dudas con respecto a la gravedad de los actos de terrorismo, que están caracterizados por la ruptura de los mecanismos garantizadores de la convivencia, en tanto quien mata o secuestra para conseguir un determinado objetivo político no afirma una conciencia discrepante sino que pretende imponerla violentamente a los demás<sup>711</sup>, de ser necesario desde un punto de vista preventivo general y si la ley lo dispone, se agrave la conducta, ya atenuada, por el desvalor de acción que corresponda, en el entendido que pueden confluír circunstancias atenuatorias y agravatorias sin inconveniente.

Así, no se trata de una fórmula que busque la impunidad de los autores por convicción y/o por motivos de conciencia, sino algo que, en el marco de los derechos fundamentales de los procesados, le permita al Estado cumplir sus obligaciones de investigar, juzgar y sancionar el delito y, a la par, proteger los derechos de las víctimas, dado que, por más que haya una reducción total o parcial de la pena de acuerdo a la reducción proporcional de la responsabilidad penal, la condena por parte de un ente de justicia garantiza la verdad, la justicia y da pie a que se celebre el incidente de reparación integral<sup>712</sup>, que, aunque no es relevante para este estudio,

---

<sup>711</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *“La libertad ideológica...”*, p. 442.

<sup>712</sup> Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Artículo 103. Trámite del incidente de reparación integral. <Artículo modificado por el artículo 87 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Iniciada

no es otra cosa que un proceso ejecutivo civil donde, ante la declaración de un daño contra alguien, el responsable está obligado a indemnizar los perjuicios<sup>713</sup>.

Con todo, estamos proponiendo que se apliquen las reglas generales de la teoría del delito ya existentes –no impulsando un proyecto de ley<sup>714</sup>– para que, en el marco de una causa de exclusión parcial de la atribuibilidad supralegal que, de acuerdo a los efectos de la libertad de conciencia en el Derecho Penal, consigne el valor ético del motivo imperante<sup>715</sup>, se le conceda una pena más benigna a quienes, pudiendo compaginar un comportamiento alternativo conforme a Derecho con su identidad,

---

la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y está fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

<sup>713</sup> Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. <Artículo modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.

<sup>714</sup> No se han impuesto los esfuerzos dirigidos a introducir una figura delictiva especial para el autor por convicción en la que no se comprendiera el juicio de desvalor sobre su persona. No obstante, Hirsch, puntualmente, propone que se formule legislativamente, lo siguiente: “Si el autor actúa movido por un auténtico conflicto de conciencia, pero sin que su decisión en conciencia permita por sí misma excluir la antijuridicidad, podrá atenuarse la pena. Excepcionalmente, en el caso de un delito menos grave, podrá prescindirse de la pena cuando así lo permitan la magnitud del injusto y una considerable disminución de la culpabilidad”. Para más información véase a Hans Joachim Hirsch, *óp. cit.*, p. 207.

<sup>715</sup> Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 445.

pues se trata de un conflicto entre la convicción y el Derecho que es resoluble, actúen conforme a sus convicciones<sup>716</sup>.

Sin embargo ésta no es una causa excluyente de la culpabilidad como la inimputabilidad o el error de prohibición, sino sólo una causa fáctica de disminución de la atribuibilidad (entendida ésta como “At = C + NP”), en el sentido de que el ordenamiento jurídico, pese a la existencia de culpabilidad y necesidad de la pena, le otorga indulgencia al autor<sup>717</sup>.

Entendida esta postura con respecto al tratamiento jurídico-penal que creemos apropiado para los delincuentes por convicción desde la teoría del delito y la dogmática penal –además de estar soportada por los parámetros de la Corte Suprema de Justicia de Colombia<sup>718</sup>–, es momento de finalizar este desarrollo general del problema y aplicar estas soluciones a la realidad jurídica colombiana. Por ende, es momento de analizar, a ciencia cierta, desde un enfoque más criminológico y de la sociología del delito, quiénes son delincuentes por convicción en Colombia y si cumplen los requisitos propuestos para que la causa supralegal les sea aplicable para obtener una atenuación en su pena.

---

<sup>716</sup> Günther Jakobs, “Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, Traducido por: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 699.

<sup>717</sup> Hans Welzel, “Parte General...”, p. 249.

<sup>718</sup> La Corte establece que: “... si por inexigibilidad de otra conducta se entiende toda situación en que la actividad del sujeto agente no es objeto de punibilidad porque en las circunstancias en que la ejecutó no le era exigible actitud distinta, debe convenirse que en cada una de las causales de inculpabilidad subyace la no exigencia de comportamiento diverso al que se tuvo, pues para reconocer que alguien ha actuado en condiciones de fuerza mayor o caso fortuito, o bajo insuperable coacción ajena o por razón de una convicción errada e invencible, debe admitirse que en cada una de tales causales al sujeto no le era demandable otra conducta, que al agente no le quedaba más por hacer que vulnerar el bien jurídico tutelado”. Para más información véase a la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de diciembre de 1998. Radicación N° 13185. Aprobado acta N° 192. M.P.: Carlos Augusto Galvez Argote.

## **Capítulo Cuarto**

### **Delincuencia por convicción en Colombia**

#### **Introducción**

Dado que el problema jurídico que se busca resolver en esta investigación, que da título a la misma, ya tuvo una resolución teórica en capítulos anteriores y, como se dijo antes, lo que nos es pertinente en este momento es evaluar su aplicación práctica, bien podría decirse que en este capítulo es donde se verá puntualmente el aporte jurídico que propone esta tesis. No obstante, eso sería negarle la importancia a las posturas que se han tomado en los anteriores capítulos, donde, en todos y en cada uno, la toma de estas posturas han significado avances en la interpretación de la norma para llegar a conclusiones necesarias para la resolución del problema jurídico.

Así entonces, de lanzar tal afirmación se estaría mintiendo, pues a lo largo del texto se ha aportado a la resolución de diferentes debates que, de no haber sido así, no nos habrían permitido llegar a este punto. Ahora bien, no hay que desconocer, tampoco, que, en efecto, lo que diferencia esta investigación es que se hará un acercamiento a la realidad social de un país como Colombia, donde tendremos que poner a prueba la validez de la propuesta teórica a la que se ha llegado y, más puntualmente, se contrarrestará un tipo criminológico en la sociedad colombiana con la ley colombiana.



Con todo, ya podemos hacernos una idea general de lo que se analizará a continuación, donde determinaremos qué delincuentes colombianos son -o lo han sido- por convicción y si a estos se les debe hacer -o se les debió hacer- una disminución parcial de su pena en razón a la aplicación de una causa supralegal de inexigibilidad (que consagra la totalidad de la atribuibilidad, es decir la culpabilidad sumada a las necesidades preventivo generales de la pena) derivada de la cláusula absoluta de inexigibilidad de la libertad de conciencia constitucional.

Entendido esto, vale la pena hacer un par de aclaraciones con respecto a la elección de casos de análisis. La primera es que, como se dijo desde el primer capítulo y se ha mantenido hasta el momento, las convicciones éticas, morales y políticas varían no sólo de un país a otro -y de uno a otro Estado- sino que están sometidas también a grandes modificaciones en el curso de los tiempos, las cuales pueden producirse mucho más rápidamente de lo que permite el trabajo del legislador y son, además, algo totalmente personal e individual, pues son, en últimas, como también se ha afirmado, lo que nos hace seres humanos singulares. Por esta razón, como es apenas lógico, entre la avanzadilla moral formada por las grandes personalidades y el principio estatal del orden, pueden surgir agudas discrepancias y, por supuesto, el que se consideren buenas o malas convicciones es un ámbito subjetivo que se sale por completo del objeto de estudio<sup>719</sup>.

---

<sup>719</sup> El texto ha girado fundamentalmente alrededor de las tensiones entre las normas vigentes en el ámbito del sistema jurídico-penal y las de los grupos menores, en tanto el hombre se encuentra ante deberes contradictorios y de diversa índole y no halla otra salida para este conflicto que delinquir. Middendorff establece que, desde la sociología del delito, estos conflictos pueden producirse, por ejemplo, durante el desarrollo de una personalidad concreta con diferentes sistemas valorativos sucesiva o incluso coetáneamente, de tal forma que ofrece motivo para el desarrollo de la teoría del *"culture conflict"* especialmente en aquellos casos en que miembros de un grupo cultural con un determinado sistema de valores emigran a otro grupo con conceptos valorativos completamente distintos. Lo cual ya hemos tratado cuando hablamos del error de prohibición culturalmente condicionado, sobretodo cuando analizábamos los postulados de Zaffaroni, aunque, en términos generales, la teoría del conflicto cultural gana paulatinamente importancia entre nosotros porque no puede desconocerse que, por ejemplo, en el ámbito jurídico de cualquier Estado se producen formaciones de grupos en que se desarrollan representaciones valorativas diferentes. Estos grupos pueden entrar en contraste con los conceptos valorativos generalmente válidos. Esto quiere decir que los grandes grupos que hasta ahora dictaban casi exclusivamente las normas, como la Iglesia, el Estado y el pueblo, han perdido poder normativo, y en su lugar surgen grupos más pequeños que desarrollan dentro de su ámbito, a veces, normas nuevas y distintas. Estos grupos tienen un marcado

Por otro lado, debe decirse que la delincuencia por convicción, o al menos la posible delincuencia por convicción, ha existido siempre sin, necesariamente, representarse en términos del delito político o del terrorismo, a lo cual volveremos pronto, como por ejemplo:

- i) cuando Hassen Ssabbach fundó en el siglo XI una orden mahometana cuyos miembros asesinaban a los enemigos de la “verdadera fe” para asegurarse así las alegrías del paraíso;
- ii) cuando, durante la conquista de la India, los ingleses tuvieron que luchar contra los *thugs* (estranguladores) por fanatismo religioso; o
- iii) cuando en la primera y en la segunda Guerra Mundial se presentó por primera vez la objeción de conciencia frente al servicio militar o el juramento a la bandera y las personas preferían sufrir, por sus convicciones, penas privativas de la libertad o incluso la muerte<sup>720</sup>.

Por lo anterior, lo cierto es que con frecuencia nos parece difícil establecer un límite entre las convicciones morales, éticas y políticas que pueden –y deben- admitirse y tolerarse, puesto que muchas veces llegamos a considerar que hay costumbres supersticiosas que no merecen consideración de ninguna clase, sobre todo cuando hay un nivel de normalización moral como en los Estados donde las concepciones valorativas de la clase superior chocan con tradiciones de poblaciones minoritarias<sup>721</sup>.

Lo que pasa es que incluso desde las posiciones mayoritarias puede haber delincuencia por convicción, tal como sucedió en Alemania durante los años 1933 y 1945, donde se enseñó entonces a la juventud que la religión de la raza era

---

carácter racional y técnico, y están, con frecuencia, unidos sólo por el interés. Para más información véase a Wolf Middendorf, *“Sociología del delito”*, Traducido por: J. M. Rodríguez Devesa, Olejnik, Santiago, 2018, p. 26.

<sup>720</sup> Wolf Middendorf, op. cit., p. 25.

<sup>721</sup> Cristina de Maglie, *“Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales”*, Traducido por: V. M. Macías Caro, Madrid, Marcial Pons, 2012, 89.

importante para el futuro del pueblo y que la santidad de la sangre alemana era la garantía de la vida eterna del pueblo<sup>722</sup>, el cual ha sido un ejemplo recurrente de la gravedad de los actos por convicción, aun cuando, formalmente –y valga la aclaración en el término-, no cometieron delitos, en tanto se actuaba acorde a los presupuestos normativos vigentes al momento<sup>723</sup>.

Habiendo aclarado esto, aun cuando hacemos esta pausa para evitar generalizaciones, lo cierto es que, por desgracia para el objeto de estudio, los casos que analizaremos son considerados, de una u otra forma, por el contexto social que se viva o la naturaleza de los hechos, actos de terrorismo. No obstante lo anterior, fueron escogidos dado que son casos visibles que han tenido efecto –así fuese mínimo- en la comunidad académica, lo que nos permite un acercamiento adecuado al objeto de estudio<sup>724</sup>.

Con esto en mente, durante este capítulo analizaremos cuatro casos particulares a la luz de la definición de delincuencia por convicción propuesta en este texto para determinar si su tratamiento jurídico-penal en Colombia debe ser el propuesto en el capítulo anterior o no. El primero de estos cuatro casos, diferente a los tres restantes,

---

<sup>722</sup> Fritz Hippler, *“Der Ewige Jude”*, Deutsche Film Gesellschaft, 1940, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=033hjDunLc> [Consultado por última vez el 10 de octubre de 2018],

<sup>723</sup> Wolf Middendorf, op. cit., p. 25.

<sup>724</sup> El terrorismo es un signo de la guerra de estos tiempos, en especial desde los años setenta cuando el fenómeno tuvo un desmesurado auge en distintas partes del globo. Se ha denominado “terrorismo” a aquella violencia utilizada en forma selectiva, contra objetivos específicos, o indiscriminada contra blancos civiles, o ejercida con la intención de producir efectos de terror sobre la población o sobre un sector de ella. Desde entonces, prácticamente todos los grupos separatistas, independentistas o revolucionarios del mundo han recurrido en mayor o menor grado a métodos terroristas en el desarrollo de su lucha armada. Uno de los elementos que se identificó como amplificador del terrorismo moderno fue el poder de los medios de comunicación. Matar a uno y amedrentar a cientos es el lema del terrorismo y para maximizar la amenaza los medios masivos de comunicación son el vehículo ideal. No se puede asimilar terrorismo a la actividad guerrillera ni a la violencia indiscriminada. Tampoco puede identificarse con las tácticas de sabotaje económico que hacen parte del inventario de la guerra convencional y de la revolucionaria. Terrorismo es el uso de la violencia para producir temor colectivo con propósitos de afectar decisiones de un Estado. Si es el terrorismo una manifestación moderna de la guerra o una antigua táctica es un debate sin cerrar. Para más información véase a Rafael Pardo Rueda, *“La historia de las guerras”*, Zeta, Bogotá, 2008, p. 33.

es el reconocido Unabomber. Éste, sin ser colombiano, se propone como el delincuente por convicción paradigmático y será el que nos dé la estructura de análisis aplicable a los tres casos consiguientes. Así entonces, es el caso modelo y, por eso, no se quiere confundir con los demás aunque bien podría haberse escogido cualquier otro caso de naturaleza internacional como, por qué no, el yihadismo de Isis y sus recientes actos de naturaleza religiosa en Europa, por poner tan sólo un ejemplo, aunque la elección del caso del Unabomber se explicará con detalle cuando se analice.

Una vez resuelto el esquema de trabajo a partir del caso del Unabomber, podremos aplicar lo visto al contexto colombiano, donde ciertamente se hará un acercamiento directo al conflicto armado que hemos vivido, aunque será desde una óptica distinta a la que se ha mantenido, puesto que el foco ya no estará en el delito –o los delitos– sino en las razones subyacentes de los mismos para determinar si están impulsados por convicciones inherentes a la conciencia. Aquí, entonces, partiremos de los grupos inconformes que han delinquido para promover sus objetivos, así como por los Estados para consolidar su poder o disuadir por la vía del temor las manifestaciones en contra de sus fines primordiales, puesto que el uso sistemático de la violencia ha sido utilizado tanto por la izquierda como por la derecha como táctica secundaria o marginal complementaria de la estrategia principal<sup>725</sup>, para luego limitarnos al análisis de tres hombres de manera individual: i) Jacobo Arenas de las FARC; ii) Camilo Torres del ELN; y iii) Carlos Castaño de las AUC.

Ahora bien, aunque será explicado con mayor detalle en su debido momento, es prudente señalar de antemano que, una vez llegado a ese punto, hablaremos del conflicto armado colombiano como una guerra revolucionaria que no es comparable, ni en su motivación ni en sus desarrollos ni en los componentes que la integran, a las guerras civiles puesto que surge del auge de los movimientos

---

<sup>725</sup> El terror y los métodos terroristas son entonces elementos centrales de la política de los grupos armados en las nuevas guerras. Es a través de prácticas terroristas como magnifican la capacidad de daño y, por tanto, tienen efecto sobre amplios sectores de la población, que valoran las amenazas a sus comunidades y toman decisiones como el desplazamiento forzado de fracciones sociales que sienten que por su identidad corren riesgo en regiones que pretenden ser controladas por grupos armados. Para más información véase a Rafael Pardo Rueda, *“La historia de las guerras”*, Zeta, Bogotá, 2008, p. 34.

comunistas y está articulada por teorías específicas que la guían y con el propósito de reemplazar, no al Gobierno, como en el golpe militar o en una guerra civil, sino sustituir al Estado liberal y capitalista por uno socialista<sup>726</sup>.

No siendo otro el propósito de esta pausa aclarativa, es momento de analizar el primer caso en la agenda, el caso paradigmático y programático de la delincuencia por convicción: Theodore John Kaczynski.

### **1. Modelo de delincuente por convicción en la práctica: El Unabomber**

En Colombia el nombre de Theodore John Kaczynski no es particularmente conocido, sin embargo, en Estados Unidos, su país natal, muchos estadounidenses conocen, en términos generales, su historia: un hombre que creció en los suburbios de Chicago, hijo de ciudadanos polaco-estadounidenses de segunda generación, que fue un estudiante brillante en la escuela secundaria y entró a Harvard en 1958 a los dieciséis años, donde estudió y se graduó en matemáticas en 1962, para luego obtener su PhD en la Universidad de Michigan en 1967 y desempeñarse como profesor asistente de matemáticas en la Universidad de Berkeley. Luego saben que se fue abruptamente en 1969 y que en 1971 se trasladó a Lincoln, Montana, donde construyó una cabaña para él<sup>727</sup>.

Saben también que envió por correo 12 bombas entre 1978 y 1987, iniciando puntualmente el 25 de mayo de 1978 con lo que parecía ser un paquete perdido que se encontró en un estacionamiento en el campus de la Universidad de Illinois en Chicago. Éste iba dirigido a un profesor de ingeniería en el New York's Rensselaer Polytechnic Institute y tenía la dirección de remisión de un profesor de la Universidad Northwestern, por lo que, al no encontrarse el destinatario, fue enviado a Northwestern para ser devuelto a su presunto remitente, Buckley Crist, profesor

---

<sup>726</sup> Rafael Pardo Rueda, *"La historia de las guerras"*, Zeta, Bogotá, 2008, p. 521.

<sup>727</sup> Alston Chase, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 22.

de ciencias materiales. La explosión finalmente hirió a Terry Marker, un oficial de policía en el campus de Northwestern<sup>728</sup>.

Kaczynski atacó tres veces más en el área de Chicago -en la Universidad Northwestern, el compartimiento de carga del vuelo 444 de American Airlines y el hogar del presidente de United Airlines- antes de ampliar su alcance a universidades de todo el país, incluidas dos bombas enviadas por correo a la Universidad de California, Berkeley<sup>729</sup>.

En 1985, los ataques de Unabomber aumentaron y se volvieron más peligrosos. Bombardeó una sala de computadores en la Universidad de California en Berkeley en mayo y envió otra bomba a la Compañía Boeing en Auburn, Washington, al mes siguiente. En noviembre, una bomba explotó en la casa de un profesor de la Universidad de Michigan, hiriendo a dos personas. Finalmente, el 11 de diciembre de 1985, la bomba más letal de Unabomber fue colocada en el estacionamiento de una tienda de computadoras en Sacramento, matando al dueño, Hugh Scrutton<sup>730</sup>. Por primera vez en sus siete años de bombardeo, el Unabomber había cobrado una vida. Dos años después, un esbozo policial le dio al país la única imagen del sospechoso: un hombre con bigote que lucía una sudadera con capucha y gafas de aviador. Los bombardeos se detuvieron de inmediato. Durante seis años, el Unabomber permaneció inactivo<sup>731</sup>.

Reapareció entre 1993 a 1995 cuando envió otras cuatro cartas bomba más con resultados significativamente más letales: dos muertes y dos víctimas gravemente

---

<sup>728</sup> Aunque en ese momento no se estableció ningún vínculo con Kaczynski, informes posteriores sugieren que los profesores de ambas universidades rechazaron los intentos de Kaczynski de publicar un tratado que escribió contra la tecnología y la modernización. Para más información véase a John Douglas & Mark Olshaker, *"Unabomber: On the trail of America's most-wanted serial killer"*, Pocket Books, Nueva York, 1996, p. 31.

<sup>729</sup> Los investigadores sabían que estos bombardeos estaban relacionados porque el perpetrador grabó las iniciales "FC" en partes de la bomba o las pintó con aerosol cerca de ellas. De lo contrario, el Unabomber nunca dejó rastro. Para más información véase a Gus Martin & Harvey W. Kushner, *"The SAGE Encyclopedia of Terrorism"*, v. 2, SAGE Publications, Thousand Oaks, 2011, p. 602.

<sup>730</sup> John Douglas & Mark Olshaker, op. cit., p. 47.

<sup>731</sup> Gus Martin & Harvey W. Kushner, *"The SAGE Encyclopedia of Terrorism"*, v. 2, SAGE Publications, Thousand Oaks, 2011, p. 602.

heridas y mutiladas. Formalmente terminó sus bombardeos el 24 de abril de 1995 cuando una bomba que había enviado por correo mató al presidente de la Asociación de Silvicultura de California, Gilbert Murray. Para esta fecha sus explosivos habían dado un salto de sofisticación y, casi simultáneamente, de repente se volvió locuaz, escribiendo cartas a periódicos y revistas<sup>732</sup>.

Finalmente, conocen que Kaczynski, a quien el FBI llamaba el “Unabomber” pues sus víctimas estaban asociadas con universidades y aerolíneas<sup>733</sup>, finalmente emitió una justificación pública para sus acciones que culminó con la publicación, en septiembre de 1995, en el New York Times y en el Washington Post, de su manifiesto de 35,000 palabras llamado “*La sociedad industrial y su futuro*”, donde arremetía contra la tecnología y las formas de vida modernas<sup>734</sup>.

Por lo anterior, la mayoría de los estadounidenses creen que simplemente está loco, que se trata de un ermitaño descuidado que, por razones desconocidas, se convirtió en un “esquizofrénico paranoico” y esto se refleja especialmente en los medios nacionales, donde Kaczynski es retratado como un enfermo mental y su manifiesto es reducido a un compendio de temas delirantes. Otros, principalmente los representantes mayoritarios de la derecha, lo ven como la encarnación del extremismo de izquierda, que demuestra, con cruel claridad, a dónde nos llevan personas como Al Gore, a quien estos llaman “el Discípulo del Diablo del ecologismo”<sup>735</sup>. No obstante a esto, también existen posturas opuestas, minoritarias si se quiere, que entienden los puntos tratados en el manifiesto como signos no de locura sino genio filosófico, al punto que consideran que Kaczynski es un “prisionero

---

<sup>732</sup> Alston Chase, “*A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism*”, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 22.

<sup>733</sup> Como se mostró, no hubo ninguna relación clara u obvia entre el sujeto y las víctimas, tampoco motivo aparente. Aparte de las conexiones forenses físicas establecidas por los laboratorios, lo único que se mantuvo fue que los dos primeros objetivos habían estado relacionados con la Universidad y los otros dos habían estado relacionados con la aviación. Para más información véase a John Douglas & Mark Olshaker, “*Unabomber: On the trail of America’s most-wanted serial killer*”, Pocket Books, Nueva York, 1996, p. 35.

<sup>734</sup> Tung Yin, “*Were Timothy McVeigh and the Unabomber the only white terrorists?: Race, religion, and the perception of terrorism*”, Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review, V. 4, 2013, p. 41.

<sup>735</sup> Alston Chase, op. cit., p. 23.

de guerra" cuyo único crimen fue tratar de salvar el mundo<sup>736</sup>. Lo cierto es que, cuando no se toman sus ideas como las ideas de un inimputable, de lo cual hablaremos posteriormente, Kaczynski representa una ideología que aman u odian.

Esto último será el tema de exposición y análisis de la primera parte de este acápite, donde veremos con mayor detalle las convicciones del Unabomber, para luego hablar del tratamiento jurídico-penal que recibió en el Estado de California una vez fue capturado.

Ahora bien, así como se hizo una breve contextualización sobre la historia del sujeto en cuestión –o al menos se hizo un bosquejo sobre lo que se conoce en términos generales sobre él-, sin hacer puntualidades en la ideología, es prudente mencionar que Ted Kaczynski fue arrestado en su cabaña en Montana el 3 de abril de 1996, luego de que su hermano David reconoció su forma de escritura en la edición que se hizo pública del manifiesto y lo entregó al FBI. Más tarde ese año, Kaczynski fue trasladado a California para ser juzgado por, entre otros delitos, dos asesinatos cometidos en ese Estado<sup>737</sup>.

Con respecto al juzgamiento –que no se dio- hablaremos con mayor detalle en su debido momento, mientras tanto es prudente saber que, el 8 de enero de 1998, al no

---

<sup>736</sup> El escritor ambiental Kirkpatrick Sale afirmó en el New York Times que el Unabomber "es un hombre racional y sus principales creencias son, si bien poco comunes, completamente razonables". El profesor de la UCLA, James Q. Wilson, señaló en el New York Times que el manifiesto "es sutil y cuidadosamente desarrollado, sin nada que se parezca apenas a las afirmaciones desenfrenadas o la especulación irracional que un lunático podría producir [...] Si es obra de un loco, entonces el las escrituras de muchos filósofos políticos -Jean Jacques Rousseau, Tom Paine, Karl Marx- son apenas más sensatas". Como observó James Fox, decano de la Facultad de Justicia Criminal de Northwestern University y experto en asesinatos en serie, Kaczynski era el asesino más inteligente de la historia moderna y, a diferencia de cualquier otro asesino en serie, no mataba por el placer de hacerlo, sino para promover ideas. Sus ideas textuales son: *"El Unabomber ve una pérdida de vidas como un mal necesario en su campaña contra la sociedad industrializada. Encontró su nicho -control, poder y superioridad- y estaba convencido de lo que sabía, lo sabía mejor que nadie"*. Para ver más información véase a Alston Chase, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 23 y 39.

<sup>737</sup> Alston Chase, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 22.



haber logrado disuadir a sus abogados de su intención de presentar una defensa por demencia y al no haber logrado persuadir al juez que preside, Garland E. Burrell Jr., para que le permitiera elegir un nuevo abogado, Kaczynski solicitó al tribunal obtener permiso para representarse a sí mismo, lo que le supuso ser examinado por Sally Johnson para determinar si era competente para dirigir su propia defensa, quien ofreció un diagnóstico provisional de esquizofrenia paranoide en el que se concluía que Kaczynski era, contrario a lo dicho anteriormente, perfectamente competente para representarse a sí mismo<sup>738</sup>.

El juez Burrell, en contravía a lo arrojado en el dictamen provisional, negó la solicitud para evitar que Kaczynski usara el juicio para mostrar su ideología revolucionaria, lo que obligó al indiciado a que, ante la perspectiva de una inquisición humillante en la que sus abogados lo retratarían a él y a su filosofía como los desvaríos de un loco, se declarara formalmente culpable de trece delitos de bombardeo federal con víctimas fatales y por los dieciséis bombardeos de 1978 a 1995, siendo, así, condenado, el 4 de mayo de 1998, a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional<sup>739</sup>.

Teniendo este panorama en mente, podemos, ahora, adentrarnos en los postulados ideológicos de Kaczynski para determinar el nivel de afectación de sus convicciones en la realización de sus actos delictivos, para luego, como se anticipa, analizar el tratamiento jurídico-penal correspondiente.

## **1.1 Convicciones: La sociedad industrial y su futuro**

---

<sup>738</sup> Gus Martin & Harvey W. Kushner, *"The SAGE Encyclopedia of Terrorism"*, v. 2, SAGE Publications, Thousand Oaks, 2011, p. 603.

<sup>739</sup> Estos son los hechos más relevantes aunque el proceso no finalizó allí. Actuando como su propio abogado, Kaczynski solicitó al Noveno Tribunal Federal de Circuito que le otorgara un nuevo juicio. Cuando esos jueces lo rechazaron, recurrió ante el Tribunal Supremo, que en marzo de 2002 puso fin a su maniobra al negarse a escuchar su caso. Para más información véase a Alston Chase, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 22.

No hay, quizás, algo más claro y puntual acerca de las convicciones de Theodore John Kaczynski que el famoso Manifiesto suyo que apareció en el New York Times el 19 de septiembre de 1995 y en el Washington Post al día siguiente. El documento que, como ya se dijo, tenía alrededor de 35.000 palabras, contaba con sesenta y dos páginas de texto académico espaciado individualmente, incluyendo aproximadamente once páginas de notas al pie, estimadas por el Times para llenar alrededor de siete páginas completas de periódicos e incluía una carta solicitando que se publicara en su totalidad y que el periódico editorial siguiera imprimiendo tres documentos similares que él proporcionaría anualmente<sup>740</sup>.

Tal documento, cuando se publicó por primera vez, parecía que todos los que lo leían mostraban su propia interpretación del documento. En los medios se habló mucho de los temas anti tecnológicos y anti industriales y en otros lados aparecieron reimpressiones de secciones y citas similares, junto con análisis de cómo las preocupaciones ambientales alimentaban la obsesión por la madera: las bombas estaban construidas principalmente de madera, el nombre de una de sus víctimas fue Wood, usó nombres ficticios, calles y ciudades en sus direcciones de retorno que frecuentemente aludían a la madera, entre otras. Con esto, una variedad de expertos especularon sobre motivaciones que van desde preocupaciones religiosas y sociológicas hasta el supuesto de que todas sus críticas contra la ingeniería genética sugerían que debía deformarse o enfermarse de alguna manera<sup>741</sup>.

Aunque todas estas teorías son interesantes, en este acápite hablaremos justamente del manifiesto para determinar si, en términos amplios, sus motivaciones cumplen con los requisitos de las convicciones inherentes a la personalidad presentes en la delincuencia por convicción.

Ahora bien, aunque sería ideal poder replicar el texto en su totalidad, lo cierto es que sería extenuante y, en buena medida, contraproducente para la investigación puesto que se perdería el hilo de las ideas que se pretenden sustentar con la citación

---

<sup>740</sup> New York Times, "*Text of Unabomber Manifesto*", 26 de mayo de 1996, disponible online en: <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/national/unabom-manifesto-1.html?mcubz=1> [Consultado por última vez el 7 de septiembre de 2018].

<sup>741</sup> John Douglas & Mark Olshaker, "*Unabomber: On the trail of America's most-wanted serial killer*", Pocket Books, Nueva York, 1996, p. 134.

del texto. Por ende, traeremos a colación los párrafos que estructuran la concepción general de Kaczynski, pasando por sus ideas frente a la sociedad industrial y a la sociedad del riesgo -a la cual ya hicimos mención en el segundo capítulo- y los efectos de lo que él llama la “sobresocialización” para, finalmente, analizar por qué llega a la delincuencia.

Con esto en mente, el prometido Manifiesto inicia planteando el problema, que consiste, entre otras, en la afirmación de que las personas sufren en la sociedad actual, de esta manera:

*“1. La revolución industrial y sus consecuencias han sido un desastre para la raza humana. Han aumentado enormemente la esperanza de vida de aquellos de nosotros que vivimos en países “avanzados”, pero han destabilizado a la sociedad, han hecho la vida insatisfactoria, han sometido a los seres humanos a indignidades, han llevado a un sufrimiento psicológico generalizado (en el Tercer Mundo a sufrimiento físico también) y han infligido un daño severo en el mundo natural. El continuo desarrollo de la tecnología empeorará la situación. Ciertamente someterá al ser humano a mayores indignidades e infligirá un mayor daño al mundo natural, probablemente conducirá a una mayor desorganización social y sufrimiento psicológico y puede conducir a un mayor sufrimiento físico, incluso en los países “avanzados”<sup>742</sup>.*

Así entonces, la opinión del Unabomber, que se irá ampliando, aunque hace una breve mención a esto al finalizar el párrafo, no carga directamente al sistema con la principal deficiencia que fue destacada por el anarquismo izquierdista: la escasez, puesto que nos da a entender que, al menos en los países desarrollados, el sistema

---

<sup>742</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: “1. *The Industrial Revolution and its consequences have been a disaster for the human race. They have greatly increased the life-expectancy of those of us who live in “advanced” countries, but they have destabilized society, have made life unfulfilling, have subjected human beings to indignities, have led to widespread psychological suffering (in the Third World to physical suffering as well) and have inflicted severe damage on the natural world. The continued development of technology will worsen the situation. It will certainly subject human being to greater indignities and inflict greater damage on the natural world, it will probably lead to greater social disruption and psychological suffering, and it may lead to increased physical suffering even in “advanced” countries*”. Para más información véase a Theodore John Kaczynski, “*Industrial Society and its Future: The Manifesto*”, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de “Freedom Club”].

proporciona suficientes productos de consumo, tal vez demasiado, y la falla –al menos en aumento- está en el sistema técnico y tecnológico<sup>743</sup>.

Por esta razón, antes de desarrollar sus ideas en profundidad, el Unabomber nos presenta una de sus hipótesis para la solución del problema planteado y, haciendo énfasis, a su vez, en la separación del contexto político del problema, enmarca su objetivo de la siguiente manera:

*"4. Por lo tanto, abogamos por una revolución contra el sistema industrial. Esta revolución puede o no hacer uso de la violencia; puede ser repentino o puede ser un proceso relativamente gradual que abarca algunas décadas. No podemos predecir nada de eso. Pero esbozamos de manera muy general las medidas que deberían tomar quienes odian el sistema industrial para preparar el camino a una revolución contra esa forma de sociedad. Esta no es una revolución POLÍTICA. Su objetivo será derrocar no a los gobiernos sino a la base económica y tecnológica de la sociedad actual"*<sup>744</sup>.

Entendido lo anterior, vemos que el problema al que se enfrenta –y al que buscará darle mayor contundencia en su respuesta en los párrafos siguientes- es cómo salir de este círculo mágico de tecnología, puesto que la solución debe ser anarquista y esto significa una revolución desde abajo, desde la sociedad, para que no se trate de una destrucción romántica de las máquinas consecuente al hecho, quizás prosaico,

---

<sup>743</sup> João Tiago Proença, Anarchism from the right: The terroristic approach of the Unabomber, En: Diogo Pires Aurélio & João Tiago Proença, *"Terrorism: Politics, Religion, Literature"*, Cambridge Scholars, Newcastle, 2011, p. 106.

<sup>744</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: "4. We therefore advocate a revolution against the industrial system. This revolution may or may not make use of violence; it may be sudden or it may be a relatively gradual process spanning a few decades. We can't predict any of that. But we do outline in a very general way the measures that those who hate the industrial system should take in order to prepare the way for a revolution against that form of society. This is not to be a POLITICAL revolution. Its object will be to overthrow not governments but the economic and technological basis of the present society". Para más información véase a Theodore John Kaczynski, *"Industrial Society and its Future: The Manifesto"*, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].

de que éstas causan desempleo, sino una salida a la opresión tecnológica que no puede ser suave ni administrada<sup>745</sup>.

Una vez que pone en contexto el problema y su hipótesis, empieza a desarrollar sus ideas iniciando por las causas mismas del problema, donde plantea lo que él llama “Sobresocialización”:

*“24. Los psicólogos usan el término “socialización” para designar el proceso mediante el cual los niños son entrenados para pensar y actuar como lo exige la sociedad. Se dice que una persona está bien socializada si cree y obedece el código moral de su sociedad y encaja bien como parte funcional de esa sociedad”<sup>746</sup>.*

Con esto, inicia su exposición acerca del lavado de cerebro que engaña y atrapa a la persona en el sistema debido a sus necesidades de medios de subsistencia o preferencias de estilo de vida manipuladas por la publicidad:

*“25. El código moral de nuestra sociedad es tan exigente que nadie puede pensar, sentir y actuar de una manera completamente moral. Por ejemplo, se supone que no debemos odiar a nadie, sin embargo, casi todo el mundo odia a alguien en algún momento u otro, ya sea que lo reconozca o no. Algunas personas están tan socializadas que el intento de pensar, sentir y actuar moralmente les impone una pesada carga. Para evitar sentimientos de culpa, continuamente tienen que engañarse a sí mismos sobre sus propios motivos y encontrar explicaciones morales para los sentimientos y acciones que en realidad tienen un origen no moral. Usamos el término “sobresocializado” para describir a esas personas”<sup>747</sup>.*

---

<sup>745</sup> João Tiago Proença, *Anarchism from the right: The terroristic approach of the Unabomber*, En: Diogo Pires Aurélio & João Tiago Proença, *“Terrorism: Politics, Religion, Literature”*, Cambridge Scholars, Newcastle, 2011, p. 109.

<sup>746</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: “24. *Psychologists use the term “socialization” to designate the process by which children are trained to think and act as society demands. A person is said to be well socialized if he believes in and obeys the moral code of his society and fits in well as a functioning part of that society*”. Para más información véase a Theodore John Kaczynski, *“Industrial Society and its Future: The Manifesto”*, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de “Freedom Club”].

<sup>747</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: “25. *The moral code of our society is so demanding that no one can think, feel and act in a completely moral way. For example, we are not supposed to hate anyone,*

Con base a lo anterior, hemos visto que tiene la noción que, cuando el individuo pierde de vista la posibilidad de controlar un proceso vital, la actividad deja de ser autónoma a tal punto que el individuo entrega su individualidad al sistema<sup>748</sup>. Lo cual se vuelve realmente problemático, si no lo era hasta el momento, en palabras del autor, cuando la autonomía se transforma en la satisfacción de una necesidad vital, la persona desestima sus actividades sustitutivas ya que nunca pueden promover este sentimiento de satisfacción:

*"26. La sobresocialización puede llevar a una baja autoestima, una sensación de impotencia, derrotismo, culpa, etc. Uno de los medios más importantes por los cuales nuestra sociedad socializa a los niños es haciéndolos sentir vergüenza de la conducta o el discurso que es contrario a las expectativas de la sociedad. Si esto se exagera, o si un niño en particular es especialmente susceptible a tales sentimientos, termina sintiéndose avergonzado de SÍ MISMO. Además, el pensamiento y el comportamiento de la persona sobresocializada están más restringidos por las expectativas de la sociedad que los de la persona ligeramente socializada. La mayoría de las personas se involucran en una cantidad significativa de comportamiento travieso. Mienten, cometen pequeños robos, rompen las leyes de tráfico, bromean en el trabajo, odian a alguien, dicen cosas rencorosas o usan algún truco clandestino para adelantarse al otro tipo. La persona sobresocializada no puede hacer estas cosas, o si las hace, genera en sí mismo un sentimiento de vergüenza y odio a sí mismo. La persona sobresocializada ni siquiera puede experimentar, sin culpa, pensamientos o sentimientos que son contrarios a la moralidad aceptada; él no puede pensar pensamientos "inmundos". Y la socialización no es solo una cuestión de moralidad;*

---

*yet almost everyone hates somebody at some time or other, whether he admits it to himself or not. Some people are so highly socialized that the attempt to think, feel and act morally imposes a severe burden on them. In order to avoid feelings of guilt, they continually have to deceive themselves about their own motives and find moral explanations for feelings and actions that in reality have a nonmoral origin. We use the term "oversocialized" to describe such people".* Para más información véase a Theodore John Kaczynski, *"Industrial Society and its Future: The Manifesto"*, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].

<sup>748</sup> João Tiago Proença, *Anarchism from the right: The terroristic approach of the Unabomber*, En: Diogo Pires Aurélio & João Tiago Proença, *"Terrorism: Politics, Religion, Literature"*, Cambridge Scholars, Newcastle, 2011, p. 108.

*estamos socializados para conformarnos a muchas normas de conducta que no caen bajo el título de moralidad. Por lo tanto, la persona sobresocializada se mantiene bajo control psicológico y pasa su vida corriendo sobre rieles que la sociedad le ha tendido. En muchas personas sobresocializadas esto da como resultado una sensación de restricción e impotencia que puede ser una dificultad grave. Sugerimos que la sobresocialización es una de las crueldades más serias que los seres humanos se inflingen unos a otros”<sup>749</sup>.*

Así, en la explicación de porqué la sociedad actual está destinada a fracasar ante la carencia de libertad y autonomía individual<sup>750</sup>, llega a su primera respuesta que es devolverse a una sociedad primitiva:

---

<sup>749</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: “26. Oversocialization can lead to low self-esteem, a sense of powerlessness, defeatism, guilt, etc. One of the most important means by which our society socializes children is by making them feel ashamed of behavior or speech that is contrary to society’s expectations. If this is overdone, or if a particular child is especially susceptible to such feelings, he ends by feeling ashamed of HIMSELF. Moreover the thought and the behavior of the oversocialized person are more restricted by society’s expectations than are those of the lightly socialized person. The majority of people engage in a significant amount of naughty behavior. They lie, they commit petty thefts, they break traffic laws, they goof off at work, they hate someone, they say spiteful things or they use some underhanded trick to get ahead of the other guy. The oversocialized person cannot do these things, or if he does do them he generates in himself a sense of shame and self-hatred. The oversocialized person cannot even experience, without guilt, thoughts or feelings that are contrary to the accepted morality; he cannot think “unclean” thoughts. And socialization is not just a matter of morality; we are socialized to conform to many norms of behavior that do not fall under the heading of morality. Thus the oversocialized person is kept on a psychological leash and spends his life running on rails that society has laid down for him. In many oversocialized people this results in a sense of constraint and powerlessness that can be a severe hardship. We suggest that oversocialization is among the more serious cruelties that human being inflict on one another”. Para más información véase a Theodore John Kaczynski, “Industrial Society and its Future: The Manifesto”, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de “Freedom Club”].

<sup>750</sup> Se citarán tres párrafos que sustentan este progreso: i) “32. [...] La sociedad de hoy trata de socializarnos en mayor medida que cualquier sociedad anterior. Incluso, los expertos nos dicen cómo comer, cómo hacer ejercicio, cómo hacer el amor, cómo criar a nuestros hijos, etc”; ii) “40. En la sociedad industrial moderna, solo se requiere un esfuerzo mínimo para satisfacer las necesidades físicas de uno. Es suficiente pasar por un programa de capacitación para adquirir alguna pequeña habilidad técnica, luego llegar a trabajar a tiempo y realizar el esfuerzo muy modesto necesario para mantener un trabajo. Los únicos requisitos son una cantidad moderada de inteligencia y, sobre todo, OBEDIENCIA simple. Si uno tiene esos, la sociedad se ocupa de uno desde la cuna hasta la tumba. (Sí, hay una clase baja que no puede dar por supuestas las necesidades físicas,

*"45. Cualquiera de los síntomas anteriores puede ocurrir en cualquier sociedad, pero en la sociedad industrial moderna están presentes en una escala masiva. No somos los primeros en mencionar que el mundo de hoy parece estar volviéndose loco. Este tipo de cosas no es normal para las sociedades humanas. Hay buenas razones para creer que el hombre primitivo sufría menos estrés y frustración y estaba más satisfecho con su forma de vida que el hombre moderno. Es verdad que no todo era dulzura y luz en las sociedades primitivas"<sup>751</sup>.*

Esto se ve reforzado una vez justifica su respuesta con la siguiente proposición lógica:

*"46. Atribuimos los problemas sociales y psicológicos de la sociedad moderna al hecho de que esa sociedad requiere que las personas vivan en condiciones radicalmente diferentes de aquellas bajo las cuales la raza humana evolucionó y se comporten de*

---

*pero estamos hablando aquí de la sociedad en general)"; iii) "41. [...] en nuestra sociedad, las personas no satisfacen sus necesidades biológicas AUTÓNOMAS, sino que funcionan como parte de una inmensa máquina social". La citas originales, antes de nuestra traducción, decían: i) "32. [...] today's society tries to socialize us to a greater extent than any previous society. We are even told by experts how to eat, how to exercise, how to make love, how to raise our kids and so forth"; ii) "40. In modern industrial society only minimal effort is necessary to satisfy one's physical needs. It is enough to go through a training program to acquire some petty technical skill, then come to work on time and exert the very modest effort needed to hold a job. The only requirements are a moderate amount of intelligence and, most of all, simple OBEDIENCE. If one has those, society takes care of one from cradle to grave. (Yes, there is an underclass that cannot take the physical necessities for granted, but we are speaking here of mainstream society)"; y iii) "41. [...] in our society people do not satisfy their biological needs AUTONOMOUSLY but by functioning as parts of an immense social machine". Para más información véase a Theodore John Kaczynski, "Industrial Society and its Future: The Manifesto", Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].*

<sup>751</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: "45. Any of the foregoing symptoms can occur in any society, but in modern industrial society they are present on a massive scale. We aren't the first to mention that the world today seems to be going crazy. This sort of thing is not normal for human societies. There is good reason to believe that primitive man suffered from less stress and frustration and was better satisfied with his way of life than modern man is. It is true that not all was sweetness and light in primitive societies". Para más información véase a Theodore John Kaczynski, "Industrial Society and its Future: The Manifesto", Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].



*manera que entren en conflicto con los patrones de comportamiento que la raza humana desarrolló mientras vivía bajo las condiciones anteriores*"<sup>752</sup>.

Es en este punto, con el primitivismo altamente influenciado en la protección del medio ambiente, es cuando su pensamiento se cruza con elementos típicos de las cosmovisiones de los ecologistas radicales y los anarquistas verdes<sup>753</sup> puesto que, aunque la fiscalía y sus opositores argumentan acerca de una personalidad llena de odio y, casi seguro, mentalmente enferma y paranoica, buscando separar los ideales de la motivación de Kaczynski, empieza a contrastar el objetivo negativo de eliminar la tecnología moderna con la "naturaleza salvaje" como un "ideal positivo"<sup>754</sup>, lo cual

---

<sup>752</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: "46. *We attribute the social and psychological problems of modern society to the fact that society requires people to live under conditions radically different from those under which the human race evolved and to behave in ways that conflict with the patterns of behavior that the human race developed while living under the earlier conditions*". Para más información véase a Theodore John Kaczynski, *"Industrial Society and its Future: The Manifesto"*, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].

<sup>753</sup> El ambientalismo radical se entiende mejor como un nuevo movimiento religioso que considera la degradación ambiental como un ataque contra un mundo sagrado y natural. Agresivamente anti sistémico y generalmente antinacionalista (los límites político-humanos son artefactos culturales a ser trascendidos), se ha desarrollado como un bricolaje global con dimensiones tanto religiosas como políticas. Algunos activistas de Earth First!, por ejemplo, describen su lucha como una guerra santa contra aquellos que profanarían una tierra sagrada, por lo que expresan su solidaridad con diversos movimientos revolucionarios en todo el mundo y respaldan el sabotaje que implica, al menos, cierto riesgo para los seres humanos. Un manual de sabotaje distribuido por una facción anarquista asociada con Earth First! incluso discute armas de fuego y bombas incendiarias. A tal punto que algunos han expresado su simpatía por las tácticas empleadas por grupos terroristas como Weather Underground e incluso el Unabomber. Por esto último, los fiscales han trabajado arduamente para establecer un vínculo entre Theodore Kaczynski y el movimiento ecologista radical más amplio. Tuvieron éxito al obligar a Kaczynski a reconocer, en una serie de "representaciones ficticias" como parte de su acuerdo de culpabilidad, que en abril de 1995 mató con un correo electrónico al funcionario de la Asociación de Silvicultura de California Gilbert Murray, y luego escribió una carta a Earth First! Firmado con "FC" (FC fue su truco de la firma que sugiere que un 'club de la libertad 'multi-persona fue responsable del bombardeo). Esto nunca fue publicado por lo que, de las cartas escritas a Earth First!, no hay evidencia. Para más información véase a Bron Taylor, *"Religion, violence and radical environmentalism: From earth first! to the Unabomber to the earth liberation front"*, Terrorism and Political Violence, 10:4, 1998, 1-42.

<sup>754</sup> Una dinámica que podría alimentar las perspectivas de violencia es la tendencia tanto de los ambientalistas radicales como de muchos de sus adversarios a considerar sus actividades como

es endosado por los ecologistas radicales. Esto continúa en repetidos apartes del texto:

*"48. Es bien sabido que el hacinamiento aumenta el estrés y la agresión. El grado de aglomeración que existe hoy y el aislamiento del hombre de la naturaleza son consecuencias del progreso tecnológico. Todas las sociedades preindustriales eran predominantemente rurales. La Revolución Industrial incrementó enormemente el tamaño de las ciudades y la proporción de la población que vive en ellas, y la tecnología agrícola moderna ha hecho posible que la Tierra pueda mantener a una población mucho más densa que antes. (Además, la tecnología exacerba los efectos de la aglomeración porque pone un mayor poder perturbador en las manos de las personas. Por ejemplo, una variedad de dispositivos para hacer ruido: cortacéspedes, radios, motocicletas, etc. Si el uso de estos dispositivos no está restringido, las personas que quieren que la paz y la tranquilidad se vean frustradas por el ruido. Si su uso es restringido, las personas que usan los dispositivos están frustradas por las regulaciones. Pero si estas máquinas nunca se hubieran inventado no habría habido conflicto ni frustración generada por ellas"*<sup>755</sup>.

---

valores sagrados que defienden. Los ambientalistas radicales generalmente ubican lo sagrado debajo de sus pies mientras que sus adversarios perciben lo sagrado de alguna manera por encima o más allá del mundo (o incluso como centrado en el estado-nación y la constitución). Para más información véase a Bron Taylor, *"Religion, violence and radical environmentalism: From earth first! to the Unabomber to the earth liberation front"*, *Terrorism and Political Violence*, 10:4, 1998, 1-42.

<sup>755</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: *"48. It is well known that crowding increases stress and aggression. The degree of crowding that exists today and the isolation of man from nature are consequences of technological progress. All pre-industrial societies were predominantly rural. The Industrial Revolution vastly increased the size of cities and the proportion of the population that lives in them, and modern agricultural technology has made it possible for the Earth to support a far denser population than it ever did before. (Also, technology exacerbates the effects of crowding because it puts increased disruptive powers in people's hands. For example, a variety of noise-making devices: power mowers, radios, motorcycles, etc. If the use of these devices is unrestricted, people who want peace and quiet are frustrated by the noise. If their use is restricted, people who use the devices are frustrated by the regulations. But if these machines had never been invented there would have been no conflict and no frustration generated by them)"*. Para más información véase a Theodore John Kaczynski, *"Industrial Society and its Future: The Manifesto"*, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].

Curiosamente, Kaczynski reconoce que su planteamiento tiene inconvenientes, por lo que se anticipa a las críticas y propone argumentos anteponiéndose a la futura exposición de sus ideas:

*"68. Se puede objetar que el hombre primitivo es físicamente menos seguro que el hombre moderno, como lo demuestra su menor esperanza de vida; por lo tanto, el hombre moderno sufre menos, no más que la cantidad de inseguridad que es normal para los seres humanos. Pero la seguridad psicológica no se corresponde estrechamente con la seguridad física. Lo que nos hace sentir SEGUROS no es tanto la seguridad objetiva como la sensación de confianza en nuestra capacidad de cuidar de nosotros mismos. El hombre primitivo, amenazado por un animal feroz o por el hambre, puede luchar en defensa propia o viajar en busca de alimento. Él no tiene certeza de éxito en estos esfuerzos, pero de ninguna manera está indefenso frente a las cosas que lo amenazan. El individuo moderno, por otro lado, está amenazado por muchas cosas contra las que se siente impotente: accidentes nucleares, carcinógenos en los alimentos, contaminación ambiental, guerra, aumento de impuestos, invasión de su privacidad por grandes organizaciones, fenómenos sociales o económicos nacionales que pueden perturbar su estilo de vida"*<sup>756</sup>.

Posteriormente regresa, como era de esperarse, a las críticas a la tecnología por limitar y disminuir la libertad:

---

<sup>756</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: "68. It may be objected that primitive man is physically less secure than modern man, as is shown by his shorter life expectancy; hence modern man suffers from less, not more than the amount of insecurity that is normal for human beings. But psychological security does not closely correspond with physical security. What makes us FEEL secure is not so much objective security as a sense of confidence in our ability to take care of ourselves. Primitive man, threatened by a fierce animal or by hunger, can fight in self-defense or travel in search of food. He has no certainty of success in these efforts, but he is by no means helpless against the things that threaten him. The modern individual on the other hand is threatened by many things against which he is helpless: nuclear accidents, carcinogens in food, environmental pollution, war, increasing taxes, invasion of his privacy by large organizations, nationwide social or economic phenomena that may disrupt his way of life". Para más información véase a Theodore John Kaczynski, "Industrial Society and its Future: The Manifesto", Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].

*"94. Con "libertad" nos referimos a la oportunidad de pasar por el proceso de poder, con objetivos reales, no con los objetivos artificiales de actividades sustitutivas, y sin interferencia, manipulación o supervisión de nadie, especialmente de cualquier organización grande. La libertad significa tener el control (ya sea como individuo o como miembro de un PEQUEÑO grupo) de las cuestiones de vida o muerte de la propia existencia: comida, ropa, refugio y defensa contra cualquier amenaza que pueda existir en el entorno. La libertad significa tener poder; no el poder de controlar a otras personas, sino el poder de controlar las circunstancias de la propia vida. Uno no tiene libertad si alguien más (especialmente una gran organización) tiene poder sobre uno, sin importar cuán benevolente, tolerante y permisivamente pueda ejercerse ese poder. Es importante no confundir la libertad con la mera permisividad (véase el párrafo 72)"<sup>757</sup>.*

*"95. Se dice que vivimos en una sociedad libre porque tenemos una cierta cantidad de derechos constitucionalmente garantizados. Pero estos no son tan importantes como parecen. El grado de libertad personal que existe en una sociedad está determinado más por la estructura económica y tecnológica de la sociedad que por sus leyes o su forma de gobierno. La mayoría de las naciones indias de Nueva Inglaterra eran monarquías, y muchas de las ciudades del Renacimiento italiano estaban controladas por dictadores. Pero al leer acerca de estas sociedades, se tiene la impresión de que permitieron mucha más libertad personal que nuestra sociedad. En parte, esto se debía a que carecían de mecanismos eficientes para hacer cumplir la voluntad del gobernante: no había fuerzas policiales modernas y bien organizadas, comunicaciones rápidas de larga distancia, cámaras de vigilancia ni expedientes de información sobre*

---

<sup>757</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: "94. By "freedom" we mean the opportunity to go through the power process, with real goals not the artificial goals of surrogate activities, and without interference, manipulation or supervision from anyone, especially from any large organization. Freedom means being in control (either as an individual or as a member of a SMALL group) of the life-and-death issues of one's existence: food, clothing, shelter and defense against whatever threats there may be in one's environment. Freedom means having power; not the power to control other people but the power to control the circumstances of one's own life. One does not have freedom if anyone else (especially a large organization) has power over one, no matter how benevolently, tolerantly and permissively that power may be exercised. It is important not to confuse freedom with mere permissiveness (see paragraph 72)". Para más información véase a Theodore John Kaczynski, "Industrial Society and its Future: The Manifesto", Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].

*la vida de ciudadanos comunes. Por lo tanto, fue relativamente fácil evadir el control*"<sup>758</sup>.

Así, hemos visto que, en términos generales, el Unabomber cree que, al obligar a las personas a ajustarse al sistema y no al revés, la tecnología crea una sociedad enferma y hostil al potencial humano. Esto debido a que fomenta cambios rápidos que conducen al colapso de las comunidades locales a escala humana, puesto que requiere un alto grado de organización social y económica y fomenta el crecimiento de ciudades atestadas e inhabitables, las cuales son indiferentes a las necesidades de los ciudadanos, lo que lleva a que esta evolución hacia una civilización sea, cada vez más, indeteniblemente, dominada por la tecnología y la estructura de poder que la sirve, porque el atractivo de la tecnología es una fuerza social más poderosa que la aspiración a la libertad<sup>759</sup>.

Es aquí cuando cambia todo. Ya nos ha dicho cuál cree que debe ser la solución al problema mas no nos ha dicho cómo debe llegarse a esta. Esto significa que este es el punto cuando se cumple otro requisito de la definición de delincuencia por convicción que hemos manejado a lo largo de la investigación (ciertamente ya sabemos sus convicciones y que considera que debe actuar a favor de éstas o, de lo contrario, se realizará algo, en su concepción, mucho más perjudicial) y es que enfrenta sus convicciones a la ley, es decir, regresa al conflicto entre moralidad

---

<sup>758</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: "95. *It is said that we live in a free society because we have a certain number of constitutionally guaranteed rights. But these are not as important as they seem. The degree of personal freedom that exists in a society is determined more by the economic and technological structure of the society than by its laws or its form of government. Most of the Indian nations of New England were monarchies, and many of the cities of the Italian Renaissance were controlled by dictators. But in reading about these societies one gets the impression that they allowed far more personal freedom than our society does. In part this was because they lacked efficient mechanisms for enforcing the ruler's will: There were no modern, wellorganized police forces, no rapid long-distance communications, no surveillance cameras, no dossiers of information about the lives of average citizens. Hence it was relatively easy to evade control*". Para más información véase a Theodore John Kaczynski, "Industrial Society and its Future: The Manifesto", Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de "Freedom Club"].

<sup>759</sup> Alston Chase, "A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism", W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 85.

individual y ley, para convencerse de que no hay manera legal de corregir los males que lo preocupan:

*"96. En cuanto a nuestros derechos constitucionales, consideremos, por ejemplo, el de la libertad de prensa. Ciertamente no queremos golpear ese derecho; es una herramienta muy importante para limitar la concentración del poder político y para mantener a los que tienen poder político en línea al exponer públicamente cualquier mala conducta de su parte. Pero la libertad de prensa es de muy poca utilidad para el ciudadano promedio como individuo. Los medios masivos están mayormente bajo el control de grandes organizaciones que están integradas en el sistema. Cualquiera que tenga un poco de dinero puede imprimir algo, o puede distribuirlo en Internet o de alguna otra manera, pero lo que tiene que decir se verá saturado por el gran volumen de material publicado por los medios, por lo que no tendrá efecto práctico. Impresionar a la sociedad con palabras es, por lo tanto, casi imposible para la mayoría de las personas y grupos pequeños. Úsanos (FC) como ejemplo. Si nunca hubiéramos hecho algo violento y hubiéramos presentado los presentes escritos a un editor, probablemente no hubiesen sido aceptados. Si hubieran sido aceptados y publicados, probablemente no habrían atraído a muchos lectores, porque es más divertido ver el entretenimiento presentado por los medios que leer un ensayo sobrio. Incluso si estos escritos tuvieran muchos lectores, la mayoría de estos lectores pronto habrían olvidado lo que habían leído ya que sus mentes estaban inundadas por la masa de material a la que los medios los exponen. Para hacer llegar nuestro mensaje al público con alguna posibilidad de causar una impresión duradera, hemos tenido que matar personas"<sup>760</sup>.  
(Subrayas fuera del texto original)*

---

<sup>760</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: "96. As for our constitutional rights, consider for example that of freedom of the press. We certainly don't mean to knock that right; it is very important tool for limiting concentration of political power and for keeping those who do have political power in line by publicly exposing any misbehavior on their part. But freedom of the press is of very little use to the average citizen as an individual. The mass media are mostly under the control of large organizations that are integrated into the system. Anyone who has a little money can have something printed, or can distribute it on the Internet or in some such way, but what he has to say will be swamped by the vast volume of material put out by the media, hence it will have no practical effect. To make an impression on society with words is therefore almost impossible for most individuals and small groups. Take us (FC) for example. If we had never done anything violent and had submitted the present writings to a publisher, they probably would not have been accepted. If they had been accepted and published, they probably would not have attracted many readers, because it's more fun to watch the entertainment put out by the media than to read a sober essay. Even if these writings had had many

En este párrafo es donde se presenta el *impasse* en su argumento relacionado con el cambio social y la convicción de delinquir, pues se plantea como única salida la vulneración al bien jurídico más importante protegido por el Derecho Penal, en tanto, para exponer los males del sistema y ser escuchado, tenía, según dice él, que matar, con lo que los ataques a la vida y a la integridad personal resultan la única forma de vivir de forma autónoma dentro del sistema, ya que utiliza la tecnología solo contra el sistema y, al mismo tiempo, enfrenta personalmente fuertes consecuencias, como si el sistema se hubiera derrumbado solo para el delincuente individual<sup>761</sup>.

Al respecto de lo anterior, que es realmente lo que nos interesa, no vuelve a hablar, solamente retoma las libertades. Sin embargo, en su oferta de abstenerse de los actos violentos si se publicaba su manifiesto, dejó la puerta abierta para futuros actos de sabotaje, dado que esta es su única salida -la única forma en que cree y puede ejercer poder sobre la sociedad en general- y no podía renunciar a ella<sup>762</sup>.

Con todo, el manifiesto ciertamente presentó una teoría filosófica social, la cual Kaczynski probablemente cree, pues parece ser su filosofía central, en la que se opone a la grandeza -gran gobierno, grandes negocios, grandes ciencias- porque supone que, en resumen, teniendo en cuenta que la ciencia y la tecnología brindan a los burócratas las herramientas para controlar, a través de la propaganda, el sistema educativo y la vigilancia, estas instituciones destruyen las culturas locales y limitan la libertad humana. Por consiguiente, la solución, de acuerdo con esta teoría, es reemplazar el tamaño con la pequeñez, en tanto solo los individuos solitarios o

---

*readers, most of these readers would soon have forgotten what they had read as their minds were flooded by the mass of material to which the media expose them. In order to get our message before the public with some chance of making a lasting impression, we've had to kill people".* Para más información véase a Theodore John Kaczynski, *"Industrial Society and its Future: The Manifesto"*, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el pseudónimo de "Freedom Club"].

<sup>761</sup> João Tiago Proença, *Anarchism from the right: The terroristic approach of the Unabomber*, En: Diogo Pires Aurélio & João Tiago Proença, *"Terrorism: Politics, Religion, Literature"*, Cambridge Scholars, Newcastle, 2011, p. 110.

<sup>762</sup> John Douglas & Mark Olshaker, *"Unabomber: On the trail of America's most-wanted serial killer"*, Pocket Books, Nueva York, 1996, p. 141.

aquellos en asociaciones pequeñas y voluntarias pueden disfrutar de la libertad y tienen capacidad para participar en el proceso de poder. Sin embargo, la única forma de reducir las instituciones es quitarles sus herramientas de poder, es decir, la tecnología. Los dos se levantan o caen juntos. Entonces el Estado no puede volcarse sin destruir primero<sup>763</sup>.

Con todo, aunque más adelante tomaremos una postura detallada con respecto al Unabomber, ya hemos podido ver los elementos que lo hacen el modelo de caso para replicar, pues hemos visto que: i) a partir de un texto en el que se exponen las ideologías se pueden extraer las convicciones inherentes a la personalidad de la persona, las cuales, de desobedecerse, pondrían en riesgo la conciencia del mismo<sup>764</sup>; ii) de las ideas plasmadas podemos extraer el nivel de obligatoriedad que se representa la persona frente a sus convicciones en virtud de sus acciones; y iii) podemos entender la relación entre la delincuencia y las convicciones personales como última –y única- opción para hacer lo que se considera moral, ético o políticamente correcto.

Así entonces, al menos de primera mano, podemos afirmar con certeza que Theodore John Kaczynski es un delincuente por convicción que, en principio, aunque sus acciones sean despreciables, podría acogerse parcialmente a la causa supralegal de inexigibilidad, lo que le supondría una reducción de la pena, debido a que cumple a cabalidad con los dos requisitos planteados para este efecto al finalizar el capítulo tercero, los cuales son: i) que haya imposibilidad de usar medios lícitos para la consecución de sus fines, lo cual es expuesto en su texto en el párrafo 96; y ii) tiene un fin ajustado, al menos teóricamente, a bienes jurídicos protegidos

---

<sup>763</sup> Alston Chase, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 95.

<sup>764</sup> El que cuenta con una biografía de lucha por su convicción constituye, con muy alta probabilidad, mucho más fácilmente un verdadero delincuente por convicción que aquel que simplemente y de manera accidental obedece una orden o ejecuta un encargo. Para más información véase a Iván Orozco Abad, *"Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia"*, Temis, Bogotá, 1992, p. 70.



por el Estado como lo es la libertad<sup>765</sup>. Por lo anterior, es momento de analizar, en efecto, cuál fue el tratamiento jurídico-penal que recibió.

## 1.2 Tratamiento jurídico-penal

Ya hemos hecho mención en ciertos apartes que el Unabomber fue –y sigue siendo– tildado de loco. Sin embargo, el Manifiesto que acabamos de reseñar es muy razonado y claro en sus suposiciones y limitaciones, a tal punto que es un texto sobrio más fácil de entender que las obras de Marx, Engels, Kant, Habermas o Hegel en sus reflexiones e ideas, sutilezas y matices<sup>766</sup>. Esto no significa que esté por encima de la refutación pero todos sus argumentos son lúcidos y, muchos, razonables. Por

---

<sup>765</sup> João Tiago Proença, *Anarchism from the right: The terroristic approach of the Unabomber*, En: Diogo Pires Aurélio & João Tiago Proença, *"Terrorism: Politics, Religion, Literature"*, Cambridge Scholars, Newcastle, 2011, p. 110.

<sup>766</sup> El manifiesto ataca la idea de que el progreso tecnológico es una fuerza natural y benevolente promovida por aquellos que están en la vanguardia de la investigación y el desarrollo tecnológico; especialmente aquellos con un interés personal como la industria de los medios y las corporaciones farmacéuticas y biotecnológicas. También contrarresta la idea más común de que la tecnología es una herramienta neutral. Más allá de eso, descarta la posibilidad de que la tecnología sea una "bendición mixta" o una herramienta contracultural para los anarquistas. El concepto abstracto de libertad oculta el hecho de que en nuestra vida cotidiana, en realidad, tenemos menos libertad de acción. ilusión. La política simplemente se ocupa de los detalles una vez que las decisiones importantes se toman más allá del ámbito de la política participativa. El Manifiesto no elabora estrategias en términos de movimientos de masas y acciones unificadas, sino que insta a la acción individual de cualquier tipo. El Manifiesto hace las afirmaciones mínimas de verdad pues en lugar de ser una diatriba llameante, es una prueba: la tecnología y la libertad inevitablemente chocan. El Manifiesto no consideran que la Tierra es más importante que los humanos, pero más bien discute el ambiente desde el punto de vista de la autonomía humana. naturaleza en oposición a la actividad benévolamente valiosa. En lugar de ver a los académicos como desinteresados y por encima de la política, el Manifiesto los apunta como la mayor amenaza política, ya que tienen una inversión del ego en su carrera. Racionalizan el desarrollo de nuevas técnicas independientemente de las consecuencias a largo plazo para la libertad humana. El eje real es la tecnología. La elección es entre la existencia autónoma a pequeña escala simple y una existencia enajenada de dependencia dentro de un sistema tecnológico complejo a gran escala de control social centralizado. El Manifiesto invierte el marxismo: el desarrollo tecnológico no conducirá inevitablemente a la revolución y la liberación, sino al control social absoluto. Cuanto más tiempo pasa, menos nuestra capacidad para rebelarnos. Para más información véase a Michael Mello, *"The United States of America VS Theodore John Kaczynski: Ethics, Power and the Invention of the Unabomber"*, Context Books, New York, 1999, p. 39.

esta razón, no es menos sensato que muchos otros que han matado por una causa, como el inglés involucrado en el "complot de la pólvora", Guy Fawkes, quien fue ejecutado por intentar volar las Casas del Parlamento en 1605 como venganza por la persecución de los católicos romanos; o el abolicionista John Brown, ejecutado en los Estados Unidos en 1859 por intentar encender un levantamiento contra la esclavitud al tomar el arsenal federal en Harpers Ferry, Virginia (desde 1862, una parte de Virginia Occidental); y, por el contrario, mucho más sensata que las divagaciones iracundas de Ramzi Yousef -condenado por su papel en el atentado del World Trade Center de 1993- y que las racionalizaciones desvencijadas de Timothy McVeigh y Terry Nichols<sup>767</sup>.

Sin reparo de lo anterior, en junio de 1997, luego de ser aprehendido, el colectivo de abogados que actuaba acorde de los intereses de Kaczynski y en representación de los mismos, al no tener otras opciones, presentaron ante el tribunal su intención de seguir lo que se llama en la ley la defensa "12.2 (b)" o "defecto mental", que implicaba llamar a expertos en salud mental al estrado, de tal forma que admitirían que su cliente era el Unabomber pero tratarían de demostrar que no era culpable porque padecía un "estado mental disminuido". De esta forma, si se le encontraba culpable, la defensa podría citar la disminución de la capacidad mental como circunstancias atenuantes para disminuir la pena<sup>768</sup>.

Lo anterior, si recordamos el capítulo tres, no es otra cosa que la reducción de las diferencias ideológicas a una categoría de inimputabilidad para justificar –si se quiere- la reducción de culpabilidad, puesto que se estaba aceptando la existencia del injusto pero se estaba tratando de establecer una disminución en la capacidad de entendimiento y determinación de la persona ante la norma.

Ahora bien, más allá de lo anterior, la tesis de la defensa, que se hizo urgente por el anuncio del 15 de mayo de 1997 de la Fiscal General Janet Reno de que el Gobierno pretendía pedir la pena de muerte para Kaczynski dada la abrumadora evidencia de

---

<sup>767</sup> Alston Chase, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 139.

<sup>768</sup> Richard Samuels, *"Encyclopedia of United States National Security"*, SAGE Publications, Thousand Oaks, 2006, p. 745.

que sus crímenes habían sido cuidadosamente premeditados y cometidos sin remordimiento, partía de que el Unabomber, al cortar los lazos con su familia y la sociedad en general, era un "excéntrico" que vivía en lo "silvestre". Así, aquel sujeto que olía mal, comía coyotes muertos en la carretera, no tenía visitas, nunca salía, no tenía reloj, nunca tenía relaciones sexuales y no estaba interesado en dinero era un "subtipo paranoico esquizofrénico"<sup>769</sup>, lo cual fue duramente impugnado por la fiscalía y el propio Kaczynski<sup>770</sup>.

La negativa de Kaczynski se dio puntualmente en junio de 1997 cuando le escribió a sus abogados: *"Me niego categóricamente a utilizar una defensa de estado mental"*, en tanto esconderse detrás de un alegato de un defecto mental socavaría sus esfuerzos por convencer al mundo de tomar en serio su filosofía, razón por la cual abogados como J. Anthony Serra, un extravagante abogado defensor de San Francisco, prometía una defensa basada no en un defecto mental sino en argumentos del Manifiesto usando la defensa de "imperfecta necesidad", sugiriendo que el acusado había cometido sus crímenes porque pensó que al hacerlo evitaría consecuencias posiblemente más calamitosas y así evitar la pena de muerte<sup>771</sup>.

---

<sup>769</sup> Representar a Ted Kaczynski como un ermitaño sin lavar lo hizo parecer más patético que malvado. Hizo que el público olvidara la brillantez y brutalidad de sus crímenes y la popularidad de su filosofía de manifiesto. Y permitió a la gente pasar por alto la posibilidad de que las razones por las que mató tenían poco que ver con los hábitos de baño y los estilos de vida en el desierto. Lo cierto es que tampoco se trataba de un ermitaño pues, aunque para los ojos de los reporteros y los abogados, acostumbrados a calles pavimentadas y luces de alto de Nueva York, Los Ángeles y Washington, DC, la cabaña de Kaczynski –a cuatro millas de la ciudad y justo al lado de Stemple Pass Road- era un lugar "desierto", en Montana el estilo de vida de Kaczynski tampoco era inusual pues, según los estándares de Montana, el lugar de Ted, lejos de ser "desierto", limita con los suburbios. Para más información véase a Alston Chase, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 127.

<sup>770</sup> Hay quienes dicen que la negativa de Kaczynski a reconocer su propia enfermedad y permitir que sus abogados la usaran en su defensa es un aspecto común de la enfermedad. En cualquier caso, en ausencia de una enfermedad mental, son los compromisos activistas de los ambientalistas radicales los que pueden evitar la retirada social y la peligrosa 'dinámica de insularidad' unida por los estudiosos a la violencia. Para más información véase a Bron Taylor, *"Religion, violence and radical environmentalism: From earth first! to the Unabomber to the earth liberation front"*, *Terrorism and Political Violence*, 10:4, 1998, 1-42.

<sup>771</sup> Alston Chase, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003, p. 135.

Lo anterior, a grandes rasgos, puesto que valdría la pena hacer un estudio detallado de la figura de la “imperfecta necesidad” en otra oportunidad, implicaba que se estaría aplicando, de una u otra forma, la noción del estado de necesidad exculpante para conseguir, al menos de manera parcial, dado que se buscaba la eliminación de la pena de muerte de la baraja más no la exculpación total, un tratamiento jurídico-penal diferenciado.

Nada de esto, para infortunio del objeto de investigación de este texto, sucedió. No se planteó la inimputabilidad ni el estado de necesidad exculpante, sencillamente porque no hubo juicio. Lo anterior se debió a que: i) los abogados experimentados y bien financiados de Kaczynski simplemente decidieron que ellos, los abogados, y no Kaczynski, el cliente, tenían el control de la defensa; y ii) Kaczynski intentó ejercer la penúltima opción que tenía para asegurarse de que su defensa sería la que se plantearía durante su juicio: ejerció su derecho constitucional de despedir a sus abogados y representarse a si mismo, lo cual fue negado por el juez en absoluto desprecio de la ley para evitar que el juicio fuera más mediático de lo que ya se pronosticaba, por lo que, arrinconado por sus abogados y el juez, Kaczynski tenía solo dos maneras de evitar que sus abogados nombrados por la corte lo describieran como un loco: podía suicidarse o declararse culpable. En la víspera de su juicio capital, Theodore Kaczynski hizo un intento de suicidio grave. Al fallar en el suicidio, Kaczynski se quedó con una sola forma de evitar que sus abogados lo retrataran como un enfermo mental. Él tendría que declararse culpable de trece bombardeos federales, los cuales mataron a tres hombres e hirieron gravemente a otras dos y reconocer la responsabilidad de dieciséis atentados entre 1978 y 1995<sup>772</sup>.

Con todo, el 4 de mayo de 1998, Theodore Kaczynski fue sentenciado formalmente a cuatro cadenas perpetuas más 30 años de prisión sin posibilidad de libertad condicional. Ese día, Kaczynski, cansado de que lo retratasen no como un guerrero de principios que trata de proteger a la sociedad de la tecnología sino como un asesino infantil que mató para obtener "venganza personal" sobre las clases de personas que lo molestaban: madereros que perturbaban la paz, negocios de

---

<sup>772</sup> Michael Mello, *“The United States of America VS Theodore John Kaczynski: Ethics, Power and the Invention of the Unabomber”*, Context Books, New York, 1999, p. 23.

personas que volaron en los aviones sobre su casa, campistas que deambularon por su propiedad, entre otras, manifestó:

*"Mi declaración será muy breve. Hace unos días, el gobierno presentó un memorándum de sentencia, cuyo propósito era claramente político. Al desacreditarme personalmente, esperan desacreditar las ideas expresadas por el Unabomber. En realidad, el gobierno se ha desacreditado a sí mismo. El memorando de sentencia contiene declaraciones falsas, declaraciones distorsionadas y declaraciones que inducen a error al omitir hechos importantes. En un momento posterior, espero responder al largo del memorando de sentencia y también a las muchas otras falsedades que se han propagado en mi contra. Mientras tanto, solo pido que las personas reserven su juicio sobre mí y sobre el caso Unabom hasta que los hechos se hagan públicos"*<sup>773</sup>.

Esto último, aunque por la aceptación de cargos no se realizó el juicio, nos dejó ver que Kaczynski, así haya evitado la pena de muerte, se trataba de una persona intimidable por la pena aun cuando fuese capaz de aceptar la consecuencia de sus actos. Esto se suma a los elementos establecidos para la definición de la delincuencia por convicción y su acceso a la causal supralegal de inexigibilidad parcial derivada de la libertad de conciencia.

De igual forma, vimos un esquema claro de cómo proseguir en la elección de casos de estudio en el contexto colombiano partiendo de delincuentes que han dejado textos en los que estipulan qué motiva sus acciones. Por esta razón, ya teniendo como referencia el modelo del Unabomber, proseguiremos a analizar la situación que se ha vivido en Colombia partiendo del conflicto armado. Para esto, como es de

---

<sup>773</sup> La cita original, antes de nuestra traducción, decía: *"My statement will be very briefly. A few days ago, the government filed a sentencing memorandum, the purpose of which was clearly political. By discrediting me personally, they hope to discredit the ideas expressed by the Unabomber. In reality, the government has discredited itself. The sentencing memorandum contains false statements, distorted statements and statements that mislead by omitting important facts. At a later time I expect to respond at length to the sentencing memorandum and also the many other falsehoods that have been propagated against me. Meanwhile, I only ask that people reserve their judgement about me and about the Unabom case until the facts have been made public"*. Michael Mello, *"The United States of America VS Theodore John Kaczynski: Ethics, Power and the Invention of the Unabomber"*, Context Books, New York, 1999, p. 127.

suponer, lo primero que tendremos que hacer es determinar cómo encajan los combatientes en la definición de delincuente por convicción.

## 2. Aplicación en Colombia

A lo largo del texto hemos planteado que la concepción de delincuente por convicción nació, para Radbruch, debido a que la democracia puede ser concebida como un simple procedimiento para la toma de aquellas decisiones que atañen al conjunto de la comunidad o como confesión pública, es decir, como consenso –real o ficticio- en torno a un sistema de valores que deben ser realizados. Por esta razón, el Estado se convierte en el depositario de la idea moral común y se encuentra, por ello, en una posición de superioridad moral respecto de las minorías disidentes, de tal forma que no conoce sino opiniones mayoritarias y minoritarias en relación con una verdad política que nunca resulta del todo demostrable, por lo que aquellas opiniones minoritarias, que confrontan de manera violenta el sistema de valores, no pueden ser estigmatizadas pues traicionaría su sustancia pluralista<sup>774</sup>.

Este ha sido, a grandes rasgos, una de las causas más importantes –si no la mas importante- del problema jurídico que hemos buscado resolver a lo largo del texto, puesto que se ve, con absoluta claridad, cómo se contraponen los intereses estatales en el castigo a los delincuentes y las garantías derivadas de su naturaleza democrática. Ahora bien, la solución que planteamos, así como su aplicación, exige un acercamiento especial a la realidad colombiana, pues ésta es paradójica.

Es paradójica en cuanto a que, pese a haber hecho parte, supuestamente, de la primera camada de democracias y, consiguiendo, aunque brevemente, el sufragio universal masculino en la década de 1850, viviendo una larga historia de democracia, de solidez y de estabilidad estatal, Colombia, sin embargo, durante los últimos cincuenta años -o bien setenta, según como se cuente- ha sido el escenario de un brutal conflicto armado donde grupos guerrilleros de diversas ideologías y orígenes han estado enfrentados al Estado. Los dos más viejos y endurecidos son: i)

---

<sup>774</sup> Gustav Radbruch, El delincuente por convicción, Traducido por: J. L. Guzmán Dalbora, En: “*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*”, no. 07, Granada, Universidad de Granada, 2005, p. 3.

las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que se acabaron en 2016; y ii) el Ejército de Liberación Nacional (ELN) que aún está activo. Asimismo, grupos paramilitares, con distintos nombres y matices, han surgido en todo el país y, en dos ocasiones, a comienzos de la década de los ochenta y al finalizar los noventa, se expandieron a diversos territorios y aspiraron a unirse en una poderosa y violenta alianza nacional llamada Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)<sup>775</sup>.

Esta confrontación entre el Estado y las guerrillas, el Estado y los paramilitares y, aun, entre el Estado y el narco-terrorismo, no puede ser pensada, sensatamente, sino como una lucha entre actores colectivos. Por ende, contrario a lo que veíamos con el Unabomber, el modelo empírico dominante en Colombia no es el de la rebeldía privada sino el de la guerra civil. Esto significa que no estamos entre la ley pública –y universal- y la moral privada –y particular-, sino la aporía de las confesiones colectivas sobre el telón de fondo de un escenario político. En consecuencia, en Colombia, para analizar la figura del delincuente por convicción tendremos que equipararla a la del combatiente-rebelde<sup>776</sup>.

Ahora bien, tratar de mostrar a los combatientes-rebeldes como delincuentes por convicción, susceptibles de una atribución parcial del injusto –y así recibir una disminución en su pena-, resulta controversial desde distintas ópticas. En primer lugar, porque, tras los atentados terroristas de Al Qaeda en Nueva York y Washington el 11 de septiembre de 2001, reforzado tras el ataque terrorista en Madrid el 11 de marzo de 2004, se generó, en el mundo entero, un clima de cero tolerancia hacia la violencia como recurso de acción política, lo cual fue mencionado en el segundo capítulo, llegando a una regulación maximalista que tuvo un hondo efecto en el conflicto colombiano, al punto que se incorporaron las FARC, el ELN y las AUC a las listas de grupos considerados terroristas del Departamento de Estado estadounidense y de la Unión Europea<sup>777</sup>.

---

<sup>775</sup> María Teresa Ronderos, *Guerras recicladas: Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*, Aguilar, Bogotá, 2014, p. 23.

<sup>776</sup> Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia*, Temis, Bogotá, 1992, p. 72.

<sup>777</sup> Eduardo Pizarro Leongómez, Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?, En: María Emma Wills & Gonzalo Sánchez Gómez, *Nuestra guerra sin nombre*:

Con esto, a estos tres grupos en mención se les dio el apelativo de terrorista aun cuando, a pesar de la utilización de métodos de terror<sup>778</sup>, esta forma de acción no es –ni era– su modalidad de acción dominante ni eran comparables con los grupos armados al margen de la ley presentes en Estados Unidos o la Unión Europea. Esto debido a que, en general, los tipos de violencia política que aquejan a Colombia no son, todavía hasta hoy, casi bajo ningún respecto, comparables con el tipo de terrorismo político que han conocido los países desarrollados durante las últimas décadas pues se trata de sociedades altamente industrializadas y urbanizadas integradas a su entorno internacional, por lo que, cuando hay minorías armadas organizadas para enfrentar al Estado, como el grupo paramilitar insurgente Isis, éstas derivan casi ineluctablemente hacia un terrorismo estratégico de carácter urbano, altamente internacionalizado y cuyo fanatismo se resuelve necesariamente en disonancias cognitivas que rayan en lo patológico, exceptuando, por supuesto, a grupos de corte nacionalista y separatista como son en Europa la ETA y el IRA, los cuales cuentan con arraigos sociales y políticos significativos<sup>779</sup>.

Así entonces, aunque desde el inicio del texto se ha dicho que no se planea hacer un análisis puntual del terrorismo pues no es el objeto del texto ni es relevante para el mismo, si la naturaleza terrorista del grupo armado minoritario se desprende de la naturaleza social y de su estabilidad en términos de legitimidad política, en Colombia, por el fracturado espacio rural apenas perpetrado –o penetrado de manera traumática– por el Estado y por el capital, donde hay zonas en las que se viven, en ausencia del Estado, complejos procesos de colonización marcados por

---

*Transformaciones del conflicto en Colombia*”, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 197.

<sup>778</sup> El terror de que aquí se habla no tiene nada que ver con el asesinato indiscriminado de civiles y otras acciones, sino simplemente con el sabotaje a bienes económicos. No se trata aquí de desconocer las magnitudes del daño económico y ecológico que pueden representar los atentados dinamiteros del ELN contra el oleoducto Cañolímón-Coveñas, sino de evidenciar cómo esta modalidad del sabotaje económico ha dado lugar a que la noción misma de terrorismo, por lo menos en lo que toca a su comprensión dentro del marco de la guerra de guerrillas no tenga otro alcance que el de designar cualquier ataque contra bienes del Estado. Para más información véase a Iván Orozco Abad, *“Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia”*, Temis, Bogotá, 1992, p. 85.

<sup>779</sup> Eduardo Pizarro Leongómez, *“Una democracia asediada: Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia”*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2004, p. 165.



hondos conflictos sociales y políticos, caracterizados por profundas desigualdades sociales y por una aguda crisis de penetración y de legitimidad del Estado, las minorías armadas son guerrillas rurales portadoras de proyectos socio-políticos alternativos respecto del proyecto histórico dominante<sup>780</sup>.

Entendido lo anterior, sin entrar en detalles que no nos competen, en Colombia, desde un plano netamente académico, más que terroristas tenemos grupos de combatientes irregulares que buscan llegar a conformar unidades tácticas grandes y concentradas y que aspiran, con ello, a convertirse -dentro de una estrategia de guerra popular prolongada- en la vanguardia de la insurrección popular para la toma de poder<sup>781</sup>.

---

<sup>780</sup> Dada la pluralidad y diversidad de los grupos insurgentes que transitan por su geografía, Colombia aparece como una suerte de laboratorio en el cual resulta viable hacer una tipología más o menos general de las guerrillas. De hecho, partiendo de un análisis de la experiencia de las luchas guerrilleras durante los últimos treinta años, cabe afirmar que el país conoce guerrillas militares, partisanas y societales. Supuesto el carácter de contra-Estado que suelen tener las organizaciones guerrilleras, cabe pensar que las mismas, en su desarrollo, tienden a desarrollar una dimensión militar, una partisana y una societal. El perfil de la guerrilla de que se trate es, en tal sentido, una cuestión de simple dominancia. En tal sentido, cabe pensar cómo guerrillas predominantemente militares se transformen -v.gr. debido a cambios en su proyecto estratégico- en guerrillas societales o partisanas, etc. Aún más, supuesta la existencia de guerrillas -como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC o del Ejército de Liberación Nacional ELN-, dispersas y con frentes relativamente autónomos en diversas regiones, es bien plausible que dichos frentes, dependiendo del tipo y grado de su arraigo societal, presenten un perfil más o menos militar o partisano, etc. En síntesis, podemos decir que allí donde el aparato militar subordina o sustituye a la organización partidista y a los movimientos sociales que configuran la base política y societal de la organización guerrillera tenemos, en principio, una guerrilla militar. Es el caso del ELN, el cual, a pesar de su preocupación creciente por buscar un verdadero arraigo en las comunidades locales de las zonas donde opera, e incluso, después de haber promovido la creación de un frente político, "A luchar", subordina sus tareas sociales y partisanas a las exigencias de su proyecto militar. Partisanas en el sentido de una subordinación del aparato militar al partido político han sido entre nosotros, históricamente, durante el último medio siglo, además de las guerrillas liberales y conservadoras de los años cincuenta, sobre todo las FARC. Para más información véase a María Teresa Ronderos, *"Guerras recicladas: Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia"*, Aguilar, Bogotá, 2014, p. 23.

<sup>781</sup> El autodeterminado "guerrillero urbano" europeo es la expresión de un terrorismo sistemático de carácter estratégico, vale decir, orientado hacia la motivación del contraterror y con ello hacia el derrumbe de la legitimidad del Estado, mediante recursos de fuerza que implican el primado del

Esto no es igual con respecto al paramilitarismo pues esto es, todavía, una táctica subordinada a la lógica de una guerra cuyos protagonistas fundamentales siguen siendo el ejército y las guerrillas, es decir, una expresión de un contraterror paraestatal para penetrar en territorios previamente ocupados por las guerrillas. Esto tampoco significa que, en efecto, pueda decirse con plena certeza que los paramilitares son terroristas, pues, por más que hayan actuado como una organización terrorista en muchos sentidos, dado que su método predilecto de acción ha sido la ejecución de masacres colectivas y el asesinato selectivo para efectos de poder expulsar a los adeptos de las guerrillas e implantar sus propias poblaciones

---

principio del miedo sobre la violencia. El terrorismo político continental europeo busca dominar primero el pensamiento para llegar luego a dominar el espacio. El guerrillero rural colombiano es, por el contrario, un combatiente irregular orientado todavía según el paradigma de la regularidad. Su horizonte estratégico es el de la guerra clásica como guerra que busca dominar primero el espacio para llegar luego a dominar el pensamiento. Sus acciones se rigen por el principio del primado de la violencia sobre el del miedo. Su apelación al terror tiene un sentido táctico. Se trata, sobre todo, de un recurso de la debilidad entendido, por lo menos en principio, como de uso temporal y residual. Si la guerra colombiana de guerrillas es –de conformidad con una larga tradición interrumpida apenas por el foquismo de los años sesenta- continuación de la política de otros medios, entonces cabe decir que el terrorismo que le es propio es apenas la continuación de una guerra que sigue estando concebida como tal, por otros medios. El terrorismo político urbano europeo, está condenado al aislamiento social, por manera que no tiene controles serios de realidad ni intereses sociales para representar. Es la expresión de un puro espíritu de “secta” que sustituye su falta de legitimación empírica por medio de la simple “legitimidad” semántica de un discurso político-ideológico autoreferencial y contraevidente. La guerrilla política rural colombiana, está –por lo menos comparativamente- bastante más arraigada en la existencia social y política de las regiones donde tiene su asiento. Sus dominios socio-políticos. Su urgencia por mantener el apoyo de la población determina su subordinación a la crítica por parte de las bases de apoyo y, con ello, su sometimiento a mayores controles de realidad en la definición de su proyecto militar y político. En términos generales, la guerra de guerrillas colombiana, en cuanto expresión de una violencia cuyo proyecto político está todavía amarrado a conflictos sociales, y cuyo proyecto estratégico sigue estando dominado por el paradigma de la regularidad, es, en principio, a pesar de la suciedad inherente a la irregularidad en general, en alguna proporción humanizable y sobre todo negociable. Para más información véase a Iván Orozco Abad, *“Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia”*, Temis, Bogotá, 1992, p. 127.

de referencia, estamos, en todo caso, frente a una modalidad de violencia que poco o nada tiene que ver con el terrorismo urbano europeo<sup>782</sup>.

Por otro lado, la noción de combatientes-rebeldes como delincuentes por convicción es problemático, también, porque nos enfrentamos a que el factor de la “subjetividad”, fundamental para el análisis de la “intencionalidad” en la figura del delincuente por convicción, se pierda, puesto que, en los grupos armados, el acto delictuoso individual se transformó al acto de pluralidad o, en otras palabras, el “ego” criminal se diluyó en un “ente colectivo” y, por ende, cuando se estudian los delitos cometidos por los grupos armados al margen de la ley, es virtualmente imposible identificar, para el estudio de la responsabilidad penal, las conductas realizadas de manera individual, con lo que el concepto penal tradicional de individuo frente a la sociedad se vio supeditado por uno distinto: la responsabilidad de grupos, es decir, la coautoría ampliada a los aparatos de poder de carácter delincuencial<sup>783</sup>.

Con esto en mente, tratar de estudiar las convicciones inherentes a la personalidad del combatiente-rebelde se hace particularmente difícil, en tanto las convicciones son personales y no grupales, lo que abre la puerta a que, en el basto conflicto armado colombiano, hubiesen actores que, incluso con un dominio militar sobre un

---

<sup>782</sup> Es cierto que las bandas paramilitares justifican su existencia por la existencia de la guerrilla y se sienten una consecuencia lógica de sus enemigos: se leen a sí mismos como resultado y no como acto. Al no haber evidencia de que los paramilitares hayan hecho ninguna reivindicación política (no reclaman para sí ni territorio ni cambio de Gobierno, y mas aún se sienten reforzadores de las tropas del Estado), su racionalidad es la más simple de todas: mientras haya grupos guerrilleros no pueden menos de existir, y se encuentran a las que dicen complementar se hallan en el deber moral de combatirles. Y las guerrillas, que ni son una ni actúan de manera coordinada (más aún, en algunos lugares se combaten entre sí, como también ha sucedido entre frentes diversos de los paramilitares), bajo la premisa de luchar por la justicia social y, entre otras, por una adecuada repartición de las tierras del país a través de un plan de reforma agraria, tienen en los otros actores del conflicto a enemigos permanentes. Para más información véase a Felipe Gómez Isa, *“Colombia en su laberinto: Una mirada al conflicto”*, Catarata, Madrid, 2008, p. 26; Los terroristas serían algo completamente opuesto a los guerrilleros en cuanto a que no cuentan con el apoyo logístico ni político de la población civil ni pretenden liberar un territorio aunque sea mediante fuerzas irregulares. Para más información véase a Julio Bordas Martínez, *óp. cit.*, p. 176.

<sup>783</sup> Paula Cadavid Londoño, *“Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencial”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2013, p. 290.

territorio, actuaron –y actúan- con objetivos puramente criminales basados en el terror sistemático para obtener provecho económico de la guerra.

Para estos dos inconvenientes hay algo que podemos llevar a cabo y que nos dará la solución a las dos preocupaciones: analizar casos de manera individual siguiendo el modelo propuesto que aplicamos con Theodore John Kaczynski. Así entonces, escogeremos a un representante de cada uno de los grupos armados mencionados, guiándonos en que tengan textos o manuales escritos en los que expongan su ideología, dado que, como vimos antes, esto representa, con cierto grado de certeza, las verdaderas convicciones del sujeto <sup>784</sup>. Con esto, podemos separar las motivaciones individuales de las grupales para analizar la incidencia de las convicciones en las acciones y, de la misma manera, separar a las personas que actuaron con base a éstas de las que lo hicieron con intereses monetarios o adicionales.

Ahora bien, antes de entrar a analizar los casos individuales, es prudente hacer una contextualización general del conflicto armado en Colombia para que, una vez expongamos a los combatientes-rebeldes seleccionados, sea sencillo entender el origen de sus convicciones y el tratamiento jurídico-penal que se le dio en su contexto histórico particular.

## **2.1 Acercamiento general: El conflicto armado en Colombia**

El conflicto armado colombiano involucra distintos factores y actores, más allá de los que se suelen reconocer en materia de confrontaciones armadas, por lo que, como se anticipó brevemente, no es correcto que académicos, intelectuales, teóricos, practicantes y personas del común consideren que ronda apenas 50 años de existencia. Esto debido a que el ejercicio de la violencia política en Colombia

---

<sup>784</sup> El que cuenta con una biografía de lucha por su convicción constituye, con muy alta probabilidad, mucho más fácilmente un verdadero delincuente por convicción que aquel que simplemente y de manera accidental obedece una orden o ejecuta un encargo. Para más información véase a Iván Orozco Abad, *“Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia”*, Temis, Bogotá, 1992, p. 70.

comenzó con las luchas independentistas y partidistas del siglo XIX<sup>785</sup>, pero hilar tan atrás -y a veces tan delgado- puede llevarnos a una escritura en clave de quejas sobre un pasado que, como todos los pasados, simplemente se presenta inalterable<sup>786</sup>.

Por esta razón, para efectos de la investigación, entenderemos el conflicto colombiano a partir de la violencia liberal-conservadora de los años cincuenta<sup>787</sup>, de donde se desprendieron, en el marco de la Guerra Fría, donde Colombia se volvió otro escenario del conflicto Este-Oeste, las políticas estatales que dieron origen a las guerrillas rurales, basadas parcialmente en bandas campesinas<sup>788</sup>.

Se habla de políticas estatales debido a que, a comienzos de la década de los años sesenta, el Estado reprimió los brotes insurgentes, derivados de la violencia oficial de comienzos de los años cincuenta, haciendo uso de una visión contrainsurgente

---

<sup>785</sup> La guerrilla de inspiración comunista nace en Colombia como una manifestación del pueblo aupada por el comunismo, denominado en un inicio como autodefensa; la otra vertiente de guerrilla surge con ocasión de la violencia partidista que se desató en el país a partir de los años cuarenta del siglo XX el cual desembocó en los años sesenta categorizado como bandolerismo político. Es de esta forma como la resistencia violenta contra el sistema encuentra en un mismo territorio otra forma de violencia coexistiendo en un mismo periodo. Es así como la violencia estructurada, se vuelve el único recurso frente a las posibilidades de acceso al poder o, la defensa del mismo; a ello se suma el cercenamiento de la pluralidad ideológica promovida por el Frente Nacional el cual monopolizó la administración del Estado en solo dos tendencias ideológicas. Para más información véase a Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *"Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario"*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 48.

<sup>786</sup> Felipe Gómez Isa, *"Colombia en su laberinto: Una mirada al conflicto"*, Catarata, Madrid, 2008, p. 18.

<sup>787</sup> Formalmente inicia en 1946 cuando el partido conservador inicia persecuciones por parte de algunos líderes oriundos de la vereda Chulavita, del municipio de Boavita, en Boyacá, para dar muerte a opositores del régimen que eran calificados como liberales, comunistas, ateos y masones. Con lo cual, posteriormente, estando en el poder el general Rojas Pinilla, en la zona del Valle del Cauca, aparecen los denominados "pájaros" con el propósito de convertir los municipios de ideología liberal a conservadores, liderados por José Marín Lizcano alias El Cóndor y dar muerte a todo opositor del gobierno. Muchos se desmovilizaron tranquilamente, como resultado de la amnistía de 1954 expedida por el Gobierno de Rojas Pinilla, otros se acogieron a la amnistía dictada por Alberto Lleras Camargo en el primer gobierno del Frente Nacional y otros se asentaron, con familias, en regiones campesinas alejadas y remotas. Para más información véase a Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *"Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario"*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 52.

<sup>788</sup> Rafael Pardo Rueda, *"La historia de las guerras"*, Zeta, Bogotá, 2008, p. 506.

denominada “desarrollista”, cuya expresión articulada fue el Plan Lazo (1960-1965), diseñado bajo la inspiración del general Alberto Ruiz Novoa<sup>789</sup>. Más puntualmente, a comienzos de los sesenta, existían territorios cuyo control había perdido el Estado y se estaban convirtiendo en “repúblicas independientes”, por lo que los mandos militares sentían la necesidad de contar con autonomía para manejar estos asuntos relacionados con el orden público, de tal forma que se les autorizó llevar a cabo la realización de operaciones anticomunistas mediante ofensivas de exterminio físico y operaciones de erradicación<sup>790</sup>.

En una de estas operaciones se dio en ataque a Marquetalia el 18 de mayo de 1964, del que hablaremos con mayor detalle posteriormente, por el cual, a manera de reacción, nacen las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC- como una guerrilla de “autodefensa”, aunque se convirtió rápidamente en una guerrilla móvil subordinada a los intereses políticos del entonces Partido Comunista de Colombia –PCC-, cuya dirigencia admiraba el modelo de revolución soviética y

---

<sup>789</sup> La estrategia desplegada por los principales organismos de seguridad del Estado en contra de las principales organizaciones obreras y campesinas durante todo el periodo del Frente Nacional, concretó las directrices políticas del monopolio bipartidista del poder estatal, proscribiendo jurídicamente la oposición de izquierda en el país y criminalizando todas aquellas formas de protesta social desarrolladas por las clases populares. Durante todo el periodo del Frente Nacional, las principales expresiones de oposición se dieron por medio de formas de lucha calificadas por la normatividad jurídica como ilegales. Las marchas campesinas fueron atacadas por el ejército, las huelgas fueron declaradas ilegales y los paros cívicos desencadenaron toques de queda y en declaratorias de estado de sitio. En las ciudades también fueron constantes los enfrentamientos entre las masas urbanas de sectores obreros y estudiantiles y las fuerzas militares y policiales. La ausencia de una consolidada oposición legal condujo a que la legitimidad de las luchas populares fuera canalizada por los movimientos insurgentes. Las principales tendencias que orientaron el movimiento insurgente de la década del sesenta ubicaron al estudiantado y a la fragmentada clase obrera a la vanguardia de la revolución, es decir, como la fuerza dirigente de una revolución campesina que poco a poco prepararía la insurrección y la toma del poder político en el país. Para más información véase a Gabriel Ricardo Nemogá, “Contexto histórico, social y político de la justicia”, En: Boaventura de Sousa Santos & Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2001, p. 254.

<sup>790</sup> Alfredo Rangel Suárez, “Guerra insurgente: Conflictos en Malasia, Perú, Filipinas, El Salvador y Colombia”, Intermedio editores, Bogotá, 2001, p. 355.

defendía el criterio de la “combinación de todas las formas de lucha”<sup>791</sup>. Con esto, las FARC se constituyeron en la expresión armada del Partido Comunista y, con sus disciplinadas bases campesinas, ganaron el reconocimiento nacional e internacional que no logró ninguno de los demás movimientos disidentes de la época<sup>792</sup>.

Este conflicto armado cobra especial agudización a partir de 1980 teniendo como ingrediente principal la expansión de guerrillas, quienes, con el tiempo -y como muestra de la enorme capacidad de adaptación-, habían, también, incursionado en la posesión de cultivos ilícitos y la cobranza de impuestos a quienes tenían áreas cultivadas, llegando incluso a construir sus propios laboratorios para el procesamiento del alcaloide, por lo que se convirtieron en un enemigo directo de los cárteles de la droga en Colombia<sup>793</sup> y los ejércitos paramilitares que surgirían ante la gran amenaza que significaba la guerrilla<sup>794</sup>.

Con respecto a esta última parte, puntualmente se está hablando de que, a finales de 1982, se dio la primera reunión de ganaderos, agricultores y comerciantes para defenderse de los atropellos de la guerrilla con base en las disposiciones legales de

---

<sup>791</sup> Este consideraba a la clase obrera como la vanguardia de las demás clases y capas sociales en la lucha por el socialismo. Para el PC las FARC eran una especie de reserva para enfrentar la violencia y las “agresiones que realizan las fuerzas armadas o bandidos a sueldo de los latifundistas y capitalistas”, y un respaldo a la “existencia de las organizaciones de masas y al trabajo del Partido Comunista”. Para más información véase a Mario Aguilera Peña, “Justicia guerrillera y población civil, 1964-1999”, En: Boaventura de Sousa Santos & Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. II, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2001, p. 395.

<sup>792</sup> Gabriel Ricardo Nemogá, “Contexto histórico, social y político de la justicia”, En: Boaventura de Sousa Santos & Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2001, p. 254.

<sup>793</sup> Felipe Gómez Isa, “Colombia en su laberinto: Una mirada al conflicto”, Catarata, Madrid, 2008, p. 22.

<sup>794</sup> Es común situar el fenómeno paramilitar como un surgimiento perverso dentro de la confrontación armada a finales de los setenta y principios de los ochenta con la entrada de compañías petroleras que pagaban rescates y “derechos de explotación” a grupos guerrilleros y cuotas de seguridad a paramilitares que les protegían, es que el fenómeno del narcotráfico, desde finales de esa década permeó, como al resto de la sociedad colombiana, la dinámica de la confrontación. Para más información véase a Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, “Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario”, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 53.

1965 y 1968<sup>795</sup> que permitían a los ciudadanos portar armas con salvoconductos, de tal forma que los ciudadanos pudieran organizarse y cuidar sus predios con la colaboración de las fuerzas armadas<sup>796</sup>.

Sin embargo, después de 20 años de conflicto, en marzo de 1984, el presidente Belisario Betancur firmó una tregua con las FARC para que ésta incursionara en la vida democrática. Así, en mayo de 1985, nació un movimiento político llamado Unión Patriótica (UP) que, gracias a la tradición comunista y cívica de varias poblaciones del Magdalena Medio, tuvo buena acogida, alcanzando, en las elecciones de 1986, 14 curules en el Congreso, 351 curules en concejos municipales de distintas partes del país y 23 alcaldes<sup>797</sup>.

Esto, como quizás era de esperarse, no fue bien visto por los grupos de seguridad privados que acabamos de mencionar, quienes eran apoyados por la población civil y contaban con los auspicios de carácter institucional, por lo que, desde 1985, los líderes y militantes de la UP sufrieron atentados contra sus vidas, lo que condujo a la exterminación de la organización política de manera sistemática<sup>798</sup>.

Para 1987, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), estimaba que los grupos paramilitares tenían alrededor de cinco mil hombres en armas, con una fuerte estructura y muchos simpatizantes, lo que la hacía del mismo tamaño en número de hombres pero con mayor capacidad, en ese momento, que todas las guerrillas sumadas, de tal forma que los grupos armados que se habían formado para protegerse de los abusos de la guerrilla habían dejado de ser un conjunto desarticulado de grupos locales y se habían convertido en un monstruo peor que la

---

<sup>795</sup> Colombia. Ley 48 de 1968. Diciembre 16. Diario Oficial No. 32.679 de 26 de diciembre de 1968. Modificado por el Decreto Nacional 284 de 1973. Por la cual se adopta como legislación permanente algunos decretos legislativos, se otorgan facultades al Presidente de la República y a las Asambleas, se introducen reformas al Código Sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.

<sup>796</sup> Rafael Pardo Rueda, *“La historia de las guerras”*, Zeta, Bogotá, 2008, p. 722.

<sup>797</sup> María Teresa Ronderos, *“Guerras recicladas: Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia”*, Aguilar, Bogotá, 2014, p. 45.

<sup>798</sup> Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *“Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario”*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 57.



propia guerrilla con inagotables fuentes financieras, entrenamiento sofisticado, armamento abundante y de óptima calidad<sup>799</sup>.

Este fenómeno alcanzó a proyectarse a varias regiones del país pero luego entró en crisis: a algunos jefes los mataron, otros dejaron las armas y, los que quedaron en pie, fueron la semilla de un nuevo paramilitarismo construido a partir de la flexible alianza nacional llamada Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), que en su mayor expansión sometió a su dominio de terror a casi toda la Costa Caribe y parte de la Pacífica, de Antioquia, el Eje Cafetero, los Santanderes, los Llanos Orientales, Tolima, Caquetá y Putumayo<sup>800</sup>.

Entre 2004 y 2006 las AUC se desmovilizaron tras una negociación con el gobierno de Álvaro Uribe Vélez y el ciclo reinició: unos jefes se mataron entre sí, otros fueron extraditados a Estados Unidos, otros encarcelados en Colombia y los que quedaron en pie han sido la semilla de la que han germinado nuevas bandas criminales con variados alcances territoriales y no pocas veleidades políticas. Ese contrahecho de desmovilización paramilitar, no obstante, nos permitió por primera vez conocer en detalle de qué estaba hecha esta trunca de grupos armados. Esto debido a que muchos de los 4000 exparamilitares postulados a un proceso de justicia transicional, conocido como Justicia y Paz, confesaron sus crímenes y entregaron bienes para la reparación de víctimas a cambio de que la justicia les impusiera penas de un máximo de ocho años de cárcel<sup>801</sup>.

---

<sup>799</sup> María Teresa Ronderos, *Guerras recicladas: Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*, Aguilar, Bogotá, 2014, p. 45.

<sup>800</sup> De otra parte, el gobierno había expedido años atrás, el Decreto 356 de 1994 (Colombia. Decreto 356 de 1994. Febrero 11. Diario Oficial No 41.220 de 11 de febrero de 1994. Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada) mediante el cual se facilitó la conformación de grupos privados armados a través de las denominadas Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada CONVIVIR; para el mes de marzo de 1997, las CONVIVIR llegaban a ser 414. Esto fue derogado en 1997, lo cual generó un tránsito de aquellos grupos de vigilancia hacia el paramilitarismo el cual sufrió un fortalecimiento sin precedentes encontrando apoyo en la clase política y en agricultores y ganaderos que tenían la necesidad de seguridad en sus zonas de trabajo. Para más información véase a Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 64.

<sup>801</sup> Rafael Pardo Rueda, *La historia de las guerras*, Zeta, Bogotá, 2008, p. 727.

Por otro lado, más allá de la desmovilización, durante esa primera década del nuevo milenio brilló la doctrina de la Seguridad Nacional como modelo de orden público, donde se consideraba que, en Colombia, se estaba desarrollando una guerra no convencional, no declarada, entre dos sistemas políticos: la democracia y el comunismo. Sin embargo, contrario a lo que se podría pensar, el blanco de este conflicto no lo constituyeron los grupos guerrilleros, considerados como el enemigo interior, sino la población civil que se concibe como la base social y política del enemigo. Planteado así, la guerra se dio a nivel político, económico, militar y psicológico como respuesta al crecimiento de los movimientos sociales de resistencia y oposición<sup>802</sup>.

Ahora bien, de cada uno de estos puntos volveremos a hablar durante el análisis de casos. Sin embargo, con esto, ya nos podemos hacer una idea general de lo que veremos a continuación, de tal forma que las puntualidades en las que incurramos contarán con un contexto estructurado.

Entendido lo anterior, por orden cronológico de aparición de los grupos armados, analizaremos, en primer lugar, al representante de las FARC, Luis Alberto Morantes Jaimes, mejor conocido como Jacobo Arenas.

## **2.2 Jacobo Arenas – FARC EP**

El breve acercamiento al conflicto armado que acabamos de hacer nos permite, por un lado, separar los grupos armados y, por otro, entablar una línea de tiempo. Esto significa que, como finalizábamos el acápite anterior, ahora, ya conociendo el

---

<sup>802</sup> Estos “soldados civiles” están destinados fundamentalmente a desarrollar una política de violencia sistemática contra trabajadores, campesinos, maestros, dirigentes políticos y sindicales, líderes comunales y en fin contra todos aquellos que se considere atentan contra las instituciones democráticas legalmente establecidas. En esta nueva estrategia, se afirma que el comunismo se ha infiltrado a través de organizaciones gremiales y sindicales, grupos religiosos y comunitarios, comités de defensa de los Derechos Humanos y otros organismos no gubernamentales, y que por lo tanto, estas organizaciones, conjuntamente con los grupos políticos de izquierda, deben ser el blanco principal de los ataques porque son los verdaderos enemigos. Para más información véase a Carlos Medina Gallego & Mireya Téllez Ardila, *“Violencia parainstitucional, paramilitar y parapolicial en Colombia”*, Rodríguez Quito, Bogotá, 1994, p. 58.

contexto en el que nos movemos, podemos entrar en detalle en ciertos puntos que serán útiles a la resolución del problema jurídico planteado sin temor a que las afirmaciones parezcan no tener relación entre ellas, dado que hablaremos de diferentes personas en diferentes momentos.

Con respecto a la guerrilla de las FARC dijimos que su origen es reactivo. Ahora bien, puntalmente, se remonta a que desde 1961 existían 16 “repúblicas independientes”, entre las cuales estaban Marquetalia, Riochiquito, El Pato, Guayabero, Sumapaz y la región del Ariari, que escapaban al control del Estado, por lo que el presidente conservador Guillermo León Valencia tomó la decisión de exterminarlas a sangre y fuego por considerarlas enclaves comunistas<sup>803</sup>. Así, en 1964 se autorizó una operación militar con 16.000 soldados -y nutrido apoyo aéreo<sup>804</sup>- para eliminar a los 42 campesinos que pertenecían al reducto de Marquetalia<sup>805</sup>.

---

<sup>803</sup> El nuevo régimen en medio de la guerra fría (Guillermo León Valencia, 1962-1966), considera que se debe combatir y poner fin al creciente poder comunista organizado en las llamadas zonas liberadas, como las “repúblicas independientes”, por estar en contraposición al control político, militar, policivo y administrativo del Estado. Los revolucionarios marxistas leninistas, consideraron en ese momento, que el calificativo esgrimido por el Pentágono y la burguesía nacional tenía como fin acusarlos de separatismo y apelar a un patriotismo falso, para que la opinión pública se inclinara a favor de futuras agresiones militares contra el campesinado colombiano dentro del contexto de la guerra preventiva y psicológica contra el comunismo internacional. Se elabora el Plan Laso, que ordena en 1962 la militarización de grandes zonas agrarias e inician los bombardeos a las Repúblicas Independientes con el objetivo de acabar con los reductos guerrilleros y de autodefensa campesina, en aquellas regiones donde el Partido Comunista había organizado al campesinado que no se había acogido a los acuerdos de paz del dictador Rojas Pinilla. Para más información véase a Ernesto Moreno Gordillo, *“El conflicto armado interno en Colombia”*, Ediciones SEM, Bogotá, 2008, p. 161.

<sup>804</sup> El contingente militar estaba bajo el mando del coronel Hernando Currea Cubides, comandante de la VI Brigada, con sede en Ibagué, quien dispuso de la totalidad de los helicópteros con que contaban en ese entonces las Fuerzas Armadas, de compañías del Ejército especializadas en la lucha de contrainsurgencia, de grupos de inteligencia y localización y aviones de combate T-33. Un descomunal esfuerzo militar. Para más información véase a Eduardo Pizarro Leongómez, *Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?*, En: María Emma Wills & Gonzalo Sánchez Gómez, *“Nuestra guerra sin nombre: Transformaciones del conflicto en Colombia”*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 179.

<sup>805</sup> Rafael Pardo Rueda, *“La historia de las guerras”*, Zeta, Bogotá, 2008, p. 521.

Tal ofensiva militar a Marquetalia -y a otras zonas agrarias en 1965- generó protestas violentas del movimiento estudiantil colombiano, por lo que el gobierno de Guillermo León Valencia decretó el Estado de sitio, de tal forma que pudo hacer uso del monopolio de la fuerza de manera violenta contra sectores de la población civil para eliminar a su opositor político, esto con el fin de excluirlo del juego de ideas y frustrar la intención de llegar al poder por la vía electoral<sup>806</sup>.

Con lo anterior, los insurgentes se replegaron internándose en la selva hasta el 20 de julio de 1964, día en que se reunieron y fundaron el Bloque Sur, la primera guerrilla de orientación marxista leninista con estructura y organización político militar. Posteriormente, el 5 de mayo de 1966 se realizó la Segunda Conferencia del Bloque Sur y se oficializó la creación de las Fuerzas Armadas revolucionarias de Colombia (FARC)<sup>807</sup>, manteniendo la lucha armada como medio para derrocar a la clase

---

<sup>806</sup> Ernesto Moreno Gordillo, *“El conflicto armado interno en Colombia”*, Ediciones SEM, Bogotá, 2008, p. 163.

<sup>807</sup> Esto queda consignado en el “Programa agrario de los guerrilleros de las FARC-EP” que dice lo siguiente: *“Nosotros somos nervio de un movimiento revolucionario que viene de 1.948. Contra nosotros, campesinos del Sur de Tolima, Huila y Cauca, desde 1.948 se ha lanzado la fuerza del gran latifundio, de los grandes ganaderos, del gran comercio, de los gamonales de la política oficial y de los comerciantes de la violencia. Nosotros hemos sido víctimas de la política de “a sangre y fuego” preconizada y llevada a la práctica por la oligarquía que detenta el poder. Contra nosotros se han desencadenado en el curso de los últimos 45 años, cinco guerras: una, a partir de 1.948; otra, a partir de 1.954; otra, a partir de 1.962; otra, a partir del 18 de Mayo de 1.964 cuando los Altos Mandos declaran oficialmente que ese día empezaba la “Operación Marquetalia” y esta que enfrentamos a partir del 9 de Diciembre de 1.990, cuando el dictador Gaviria y los Altos Mandos Militares iniciaron la operación de Exterminio contra el Secretariado de las FARC en Casa Verde y de agresión militarista contra el movimiento popular en todo el país. Hemos sido víctimas de la furia latifundista y castrense porque aquí, en esta parte de Colombia, predominan los intereses de los grandes señores de la tierra y los intereses en cadena de la reacción más oscurantista del país. Por eso nos ha tocado sufrir en la carne y en el espíritu, todas las bestialidades de un régimen podrido que brota de la dominación de los monopolios financieros entroncados con el imperialismo. Nosotros hemos golpeado en todas las puertas posibles en busca de auxilio para evitar que una cruzada anticomunista, que es una cruzada contra nuestro pueblo, nos condujera a una lucha armada prolongada y sangrienta. Nosotros somos revolucionarios que luchamos por un cambio de régimen. Pero queríamos y luchábamos por ese cambio usando la vía menos dolorosa para nuestro pueblo: la vía pacífica, la vía democrática de masas. Esa vía nos fue cerrada violentamente con el pretexto fascista oficial de combatir supuestas “Repúblicas Independientes” y como somos revolucionarios que de una u otra manera jugaremos el papel histórico que nos corresponde, nos tocó buscar la otra vía: la vía revolucionaria armada para la lucha por el poder. El régimen actual, ha incorporado a su sistema de gobierno, formas abiertas de fascismo. Al mando de las fuerzas represivas se hallan los elementos más provocadores y aventureros. Las Fuerzas Armadas oficiales*

dominante que ostenta el poder en Colombia y como respuesta a la política militarista y violenta del Estado contra sectores populares y el movimiento insurgente<sup>808</sup>.

Según esto, las FARC no surgieron por iniciativa propia sino como resultado de una agresión externa, en tanto fue el Estado el que le declaró la guerra a las organizaciones agrarias comunistas, las cuales se vieron obligadas a defender su vida mediante armas. Por todo, es perfectamente entendible cuando los historiadores y analistas afirman que la emergencia de las FARC no se hubiera producido si no se hubiera llevado a cabo el ataque contra Marquetalia, puesto que las autodefensas campesinas de influencia comunista se habrían mantenido así y, probablemente, con el correr del tiempo, se hubieran extinto<sup>809</sup>.

Así entonces, las FARC nacen en una relación de representantes de un Estado fuerte, autoritario y excluyente que impone su voluntad al más débil e impide la ejecución

---

*están llevando a la práctica la Teoría de la Seguridad Nacional, que es la filosofía del terror, la guerra sucia, el paramilitarismo y la muerte, bajo el patrocinio y mando de la oligarquía y de un grupo de Altos Oficiales que hacen suya la política, la táctica y la estrategia de la GUERRA PREVENTIVA y del ENEMIGO INTERNO para mantener la disciplina social de los monopolios, la explotación de nuestro pueblo y de nuestros recursos naturales por parte del imperialismo y de una clase dominante rapaz y reaccionaria como la colombiana. Por eso, esta guerra ha asumido en la actualidad un genuino carácter nacional, que necesariamente incorporará a la lucha armada revolucionaria a las más amplias masas de nuestro pueblo contra los soportes militares del régimen. Por eso, las FARC-EP se han constituido como una organización político-militar que recoge las banderas Bolivarianas y las tradiciones libertarias de nuestro pueblo para luchar por el poder y llevar a Colombia al ejercicio pleno de su soberanía nacional y a hacer vigente la soberanía popular. Luchamos por el establecimiento de un régimen político democrático que garantice la paz con justicia social, el respeto de los Derechos Humanos y un desarrollo económico con bienestar para todos quienes vivimos en Colombia".* Para más información véase el "Programa agrario de los guerrilleros de las FARC-EP", Proclamado el 20 de Julio de 1964 en el fragor de la lucha armada de Marquetalia, corregido y ampliado por la OCTAVA CONFERENCIA NACIONAL de las FARC-EP, Abril 2 de 1993, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/Programa-Agrario-de-los-guerrilleros-FARC-EP.pdf> [consultado el 18 de junio de 2018], p. 2.

<sup>808</sup> Ernesto Moreno Gordillo, "El conflicto armado interno en Colombia", Ediciones SEM, Bogotá, 2008, p. 162.

<sup>809</sup> Eduardo Pizarro Leongómez, Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?, En: María Emma Wills & Gonzalo Sánchez Gómez, "Nuestra guerra sin nombre: Transformaciones del conflicto en Colombia", Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 180.

de los instrumentos jurídicos de la civilización occidental, donde se obliga al pueblo a escoger la opción de la violencia para defender la dignidad y el patrimonio de toda una comunidad<sup>810</sup>.

No obstante este carácter reactivo, las FARC contaron con ideología propia, la cual fue estructurada fundamentalmente por Luis Alberto Morantes Jaimes, alias “*Jacobo Arenas*”, el segundo hombre del grupo insurgente, detrás de Pedro Antonio Marín Marín, mejor conocido por los alias de “*Manuel Marulanda Vélez*” o “*Tirofijo*”, quien fue enviado por el Partido Comunista en 1964 a apoyar a los campesinos de Marquetalia en vísperas de la anunciada operación militar contra las repúblicas independientes, de tal forma que participó en la fundación de las FARC, redactó los reglamentos disciplinarios internos de la guerrilla, fue implacable en el mantenimiento de la disciplina interna con quienes se desviaban de esta y, durante la época de las negociaciones de paz, fue el vocero público y principal portavoz de la guerrilla<sup>811</sup>.

Así entonces, Arenas, quien salió por primera vez de su provincia en 1939 a terminar el servicio militar en el Batallón Guardia Presidencial de Bogotá, inició su activismo político en Santander laborando en el periódico del Partido Comunista y cumpliendo varias misiones a su nombre en los núcleos de las guerrillas del Tolima y de los Llanos en los 50's y murió el 10 de agosto de 1990 durante una cumbre de la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar, en Casa Verde, municipio de La Uribe, Meta<sup>812</sup>, será el sujeto de análisis en esta oportunidad.

En este sentido, siguiendo el modelo trazado en el análisis del caso del Unabomber, iniciaremos por exponer sus convicciones personales a través de sus escritos, en aras de determinar si éstas determinaron sus acciones, para luego dar cuenta de su tratamiento jurídico-penal y definir si era susceptible de valerse, al menos

---

<sup>810</sup> Ernesto Moreno Gordillo, “*El conflicto armado interno en Colombia*”, Ediciones SEM, Bogotá, 2008, p. 164.

<sup>811</sup> Rafael Pardo Rueda, “*La historia de las guerras*”, Zeta, Bogotá, 2008, p. 521.

<sup>812</sup> Eduardo Pizarro Leongómez, Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?, En: María Emma Wills & Gonzalo Sánchez Gómez, “*Nuestra guerra sin nombre: Transformaciones del conflicto en Colombia*”, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 180.

parcialmente, de la causa supralegal de inegibilidad que afecta la atribuibilidad -en los términos planteados en este texto- derivada de la libertad de conciencia.

Esto, por supuesto, como se ha dicho antes, también nos da las pautas para establecer de manera individual, pues se trata de un ejercicio que sólo puede darse caso a caso, quién puede o pudo ser delincuente por convicción en el conflicto armado y descartar a los actores que no cumplen con los parámetros del tipo criminológico.

### 2.2.1 Convicciones

Contrario a lo que sucedía en el caso de Theodore John Kaczynski, donde su Manifiesto hacía referencia directa a la violencia en sus acciones en razón a sus convicciones, con respecto a los combatientes rebeldes de las FARC no hay suficiente evidencia que nos permita verificar si, en efecto, en los episodios más representativos de violencia se comprendieron situaciones de violencia directa o si, por el contrario, existieron -o predominaron- motivaciones que llevaron a la realización de acciones consideradas como violentas dentro del esquema político<sup>813</sup>.

Es por eso que elegimos el caso de Jacobo Arenas, puesto que es la única conexión real con la ideología dominante de las FARC, de tal manera que se parte de la base de que ésta fue guiada por las convicciones personales del artífice. No obstante lo anterior, sabemos con seguridad que esto no es suficiente para demostrar que la convicción del deber fue el motivo determinante o exclusivo del autor en la comisión de un delito, pues esto, si se exigiera la exclusividad de la motivación ética, supondría adentrarnos en el carácter complejo de la condición humana y constituiría una tarea imposible para esta investigación y para el juez. Esto sin mencionar que, incluso para la rama judicial, ha sido difícil inferir la autoría y la participación de los altos mandos de las FARC en delitos puntuales<sup>814</sup>. Así entonces, debemos preguntarnos por la participación que tiene la convicción en el conjunto de la vida

---

<sup>813</sup> Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *“Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario”*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 19.

<sup>814</sup> Paula Cadavid Londoño, *“Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencial”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2013, p. 290.

interior del autor y no por la participación del motivo en el acto particular que se le imputa<sup>815</sup>.

Por lo anterior, analizaremos brevemente la Cartilla Ideológica de las FARC, la cual fue redactada, principal aunque no exclusivamente, por Arenas en su calidad de líder ideológico del Secretariado de las FARC. Ésta, tal como hicimos con el Manifiesto, bien podría ser transcrita y citada en su totalidad pero sería innecesario. Por esta razón, se traerán a colación únicamente los aportes más representativos para el objeto de estudio.

La Cartilla comienza estableciendo el motivo de la misma de la siguiente manera:

*“La Sexta Conferencia ordenó redactar la presente Cartilla Ideológica con el fin de contribuir en la elevación del nivel ideológico y político de todos los combatientes de las FARC. Cumpliendo tal misión, el Secretariado del EMC hace llegar a los camaradas esta primera parte de la cartilla cuyo contenido trata:*

- 1. Nociones elementales de antropología*
- 2. Rudimentos de filosofía Marxista*
- 3. Nociones de economía política*

*Esta cartilla no ha sido elaborada para educar intelectuales sino para contribuir al desarrollo de la cultura general de obreros y campesinos. Por eso ciertos términos científicos complicados los hemos simplificado con el fin de hacerlos comprensibles a la totalidad de los combatientes de las FARC”<sup>816</sup>.*

Ya con esto podemos observar que las FARC fueron creadas con el propósito de acercarse al pueblo en contraposición a la burguesía y a las clases explotadoras. Con esto, en el programa se plantean puntos que tienen que ver con los problemas vitales del pueblo colombiano, tales como las libertades democráticas y la nacionalización de las riquezas naturales, en tanto se entienden que, al menos para el momento de

---

<sup>815</sup> Iván Orozco Abad, *“Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia”*, Temis, Bogotá, 1992, p. 66.

<sup>816</sup> El secretariado, *“Cartilla ideológica FARC-EP”*, 1980, disponible en: <https://www.farc-co/pdf/Cartilla-ideologica.pdf> [Consultado el 18 de junio de 2018], p. 1.



la expedición, no estaban al servicio de todo el pueblo colombiano<sup>817</sup>. Esto, a su vez, será lo que justifique una posible reforma agraria que beneficie a todos los trabajadores que quieran tierra o que la necesiten y no la tengan, dando inicio a la explicación de la noción de economía política marxista, la cual es definida en la Cartilla como:

*“La economía política marxista comienza con el estudio del materialismo histórico que trata del nacimiento, desarrollo y cambio de las diversas formaciones social - económicas por las que ha atravesado la humanidad hasta el presente, es decir, el régimen de la comunidad primitiva, el régimen esclavista, el régimen feudal, el régimen capitalista. La economía política marxista estudia la mercancía, el valor, el dinero y a quien pertenecen los medios de producción, expone la teoría de la plusvalía donde radica la explotación de los proletarios por los burgueses, el origen del capital, su desarrollo y extinción. Para estos diversos análisis los marxistas disponen, mediante el estudio, de las leyes que rigen el desarrollo social. Nuestra línea política se divide en dos partes: La estrategia que es un lineamiento para toda la etapa de la revolución y que se expone en el programa que a su vez se expone en dos partes integrantes: La parte expositiva y la parte programática. La otra parte de la línea política es la táctica o sea la política diaria que realizamos los comunistas. La táctica cambia en relación con los cambios que se vayan produciendo en la situación política nacional. Parte de la línea la hallamos en las resoluciones políticas de los congresos y generalmente la llamamos línea política”<sup>818</sup>.*

Lo anterior, al tratarse de una apreciación inicial a una forma de pensamiento, da luces con respecto al enfoque que piensan adoptar una vez definan la problemática a la que se enfrentan, la cual enmarcan en los siguientes términos:

*“Vivimos una época de lucha del socialismo y el capitalismo que se extiende por el mundo que se libra en todas las esferas de la vida y la actividad humana, en la ideología y la cultura, en la ciencia, es decir en todas las manifestaciones de la vida*

---

<sup>817</sup> Carlos Arango, “FARC: Veinte años. De Marquetalia a La Uribe”, 1984, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/FARC-20-a%C3%B1os-marquetalia-uribe.pdf> [consultado el 18 de junio de 2018], p. 54.

<sup>818</sup> El secretariado, “Cartilla ideológica FARC-EP”, 1980, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/Cartilla-ideologica.pdf> [Consultado el 18 de junio de 2018], p. 2.

*material, de la conciencia, del pensamiento, es decir, de todas las manifestaciones del intelecto humano. La ideología burguesa ha entrado en una profunda crisis general que afecta todos los dominios del saber burgués. No pudo dar solución a los grandes interrogantes del pensamiento humano. No pudo dar solución a las grandes contradicciones fundamentales de sus regímenes de vida, no pudo resolver los problemas del hombre, la miseria y la incultura de la sociedad contemporánea y por el contrario ahondo las diferencias entre los hombres, produjo calamidades sin cuento, guerras y tragedias inmensas a todo el género humano porque la ideología burguesa es idealista y ampara la explotación del hombre por el hombre haciendo de la propiedad colectiva de la sociedad, propiedad privada de los instrumentos de producción y de la producción de bienes materiales. La crisis de la ideología burguesa se manifiesta de modo peculiar en el ámbito de la concepción filosófica. Los filósofos burgueses están imposibilitados orgánicamente de resolver los problemas más importantes del pensamiento. Han sido incapaces de hacer un análisis científico contemporáneo y descubrir las fuerzas motrices del desarrollo social y las leyes que lo rigen, es decir de encontrar la lógica del ser social”, lo cual constituye según Lenin la tarea más grande de la humanidad y no puede hacerlo porque carece para ello de una concepción científica del mundo y de un concepto científico de investigación. Es idealista y reaccionaria. Ahora bien, todo esto no significa en modo alguno que la filosofía burguesa contemporánea sea una magnitud despreciable. Pensar así sería erróneo por el contrario, nos encontramos frente a un enemigo serio que se apoya en el poder de los monopolios, en la fuerza del estado Capitalista y en una amplia base de medios materiales y editoriales y se apoya en la iglesia católica, en los partidos católicos. La ideología burguesa aun en profunda crisis domina todavía la mente de amplias masas, de pueblos enteros y de sectores importantes de la intelectualidad. En el centro de esta lucha entre la ideología burguesa y la ideología comunista figura el principio leninista del Partidismo y de la filosofía y manifiesta directamente como una lucha entre el materialismo y el idealismo que comienza con la concepción de que es lo primario: ¿La materia o la conciencia? De acuerdo a la respuesta que se dé a este fundamental interrogante del pensamiento humano se es idealista o materialista. Quien responda que lo primario es la conciencia inevitablemente será idealista y quien responda que lo primario es la materia será consecuente materialista”<sup>819</sup>.*

---

<sup>819</sup> El secretariado, “Cartilla ideológica FARC-EP”, 1980, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/Cartilla-ideologica.pdf> [Consultado el 18 de junio de 2018], p. 11.

Así, podemos observar que Arenas y el Secretariado de las FARC, dividen el problema en dos partes: i) las fallas del capitalismo en su aplicación en sociedad; y ii) el vasto alcance y la gran acogida que, contrario a sus fallas, esto tiene en la sociedad. En consecuencia, en la búsqueda de conseguir un acercamiento a todos los sectores populares para divulgar sus principios, objetivos políticos, militares, sociales, económicos y culturales, entienden la necesidad de establecer contacto con los sectores civiles y con los soldados y los oficiales no reaccionarios, pues éstos, en últimas, tienen las mismas necesidades de vivienda, educación y salud sólo que no lo saben o no lo aceptan<sup>820</sup>. Por esta razón, indican que:

*“Esta importante ley de la dialéctica materialista tiene gran significación para la actividad revolucionaria práctica, porque revela la necesidad histórica de las transiciones revolucionarias de una formación social a otra, de la sociedad vieja a la nueva. Por eso, el paso revolucionario del capitalismo al socialismo no es un simple deseo de los comunistas, sino una necesidad del desarrollo histórico. Pero los comunistas estamos obligados, mediante el conocimiento del marxismo-leninismo a impulsar mediante la lucha el cambio de la vieja sociedad por la nueva: El socialismo. Al estudiar los cambios que se operan en el mundo hay que analizar no solo su origen y sus formas, sino también la tendencia principal, la correlación entre lo viejo y lo nuevo en el desarrollo. Estos aspectos del movimiento universal del mundo constituyen el contenido de esta ley fundamental de la dialéctica. Todo lo nuevo en el desarrollo es la negación de todo lo viejo la negación dialéctica es producto de la lucha de los contrarios y expresa las tendencias contradictorias del desarrollo, que se niegan mutuamente. Todos los procesos y fenómenos contienen el momento de la negación como relación de la nueva calidad con la vieja. Todo desarrollo independiente de su contenido, escribió Marx, puede ser concebido como una serie de grados distintos del desarrollo, y vinculados de tal modo que uno es la negación del otro. Por ejemplo si un pueblo, en su desarrollo pasa de la anarquía absoluta a la constitucional, niega su ser político anterior. Pero la ley de la negación no quiere decir destrucción de todo lo viejo e imposición de todo lo nuevo. La negación no niega sino lo que debe de ser*

---

<sup>820</sup> Carlos Arango, “FARC: Veinte años. De Marquetalia a La Uribe”, 1984, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/FARC-20-a%C3%B1os-marquetalia-uribe.pdf> [consultado el 18 de junio de 2018], p. 58.

*negado, lo inútil, lo reaccionario. La negación dialéctica toma los elementos positivos de lo viejo y los eleva a una nueva calidad junto con lo nuevo, lo progresista, lo revolucionario. Por ejemplo la revolución socialista al negar a la vieja sociedad ha dado, porque eso no sería negación en el sentido científico, sino destrucción en el sentido material. Lo que va a ser negado es la explotación del hombre por el hombre. Lo que va a ser negado es la propiedad privada sobre los medios de producción. Lo que va a ser negado es la ideología reaccionaria y cambiada por la ideología materialista, por la ideología comunista”<sup>821</sup>.*

Lo anterior nos indica que, en el entendido de que la clase obrera puede y debe seguir librando sus luchas reivindicativas y sociales desde el lugar que esté ocupando, en tanto no se pretende la destrucción de lo tradicional sino de lo inútil, el discurso de Arenas y del Secretariado de las FARC involucra factores que no deben ser modificados como, por ejemplo, la democracia, pues tienen carácter fundamental en el mantenimiento y desarrollo del pueblo, de tal forma que, de poder participar en unas elecciones amplia y democráticamente, que les fue cercenado, lo harían, pues eso le estaría ahorrando al pueblo colombiano esfuerzos y muertes<sup>822</sup>.

Aquí es donde está el punto más relevante del discurso de las FARC, puesto que, con esto, aunque se mantiene el lenguaje de la criminalización del enemigo, hace que se reconozcan los límites de conciencia humana respecto de la confrontación debido a que hay grandes sacrificios a nivel de combatientes y de población civil que obliga en las acciones bélicas y responsabilizar victimarios<sup>823</sup>. Esto, en pocas palabras, significa que, aunque reconocen la gravedad de muchos de sus actos, ven la realización de éstos como un medio necesario y obligatorio para lograr el cambio social que consideran –o consideraban- necesario, ante la imposibilidad de acceder a esto mediante medios lícitos, con lo que cumplen el primer requisito planteado

---

<sup>821</sup> El secretariado, “*Cartilla ideológica FARC-EP*”, 1980, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/Cartilla-ideologica.pdf> [Consultado el 18 de junio de 2018], p. 14.

<sup>822</sup> Carlos Arango, “*FARC: Veinte años. De Marquetalia a La Uribe*”, 1984, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/FARC-20-a%C3%B1os-marquetalia-uribe.pdf> [consultado el 18 de junio de 2018], p. 63.

<sup>823</sup> Rafael Pardo Rueda, Prólogo a Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, “*Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario*”, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 13.

para acceder a la causa supra legal de exculpación: la inexistencia de medios legales para la consecución de sus fines acorde a sus convicciones.

Ahora bien, esto cobra especial incidencia si recordamos que las FARC nacen de manera reactiva a un régimen estatal que era manifiestamente aplastante con la oposición, lo que nos obliga a pensar que, tal como decía Welzel y expusimos en el primer capítulo, es perfectamente posible que la cúpula creativa de las FARC, con base a lo consignado en la Cartilla Ideológica, al menos en el inicio de este grupo armado, hubiesen enfrentado fallos de conciencia contra el orden jurídico por considerarlo injusto, de tal forma que, después de una lucha de conciencia, hayan decidido que el orden adoptado es el orden verdadero y auténticamente obligatorio y no aquel que presenta el derecho positivo, por lo que habría un conflicto de conciencia individual con el mandato de Derecho, pues chocan dos exigencias de validez y de obligatoriedad opuestas<sup>824</sup>.

En otras palabras, en principio, aun sin tener la disponibilidad suficiente para hacer un estudio detallado del caso, Arenas y el Secretariado de las FARC serían susceptibles de acogerse, al menos parcialmente, a la causa supralegal de exculpación pues, si exigimos que la persona haga una reflexión acerca de si la orden que proviene de cierta autoridad es o no un injusto legal -disposiciones que no constituyen derecho- y castigamos a quien no ha efectuado esta reflexión cuando podía hacerlo, debemos otorgarle un privilegio al autor que, por motivos de conciencia, cree que esa norma es un injusto legal y que, por tanto, carece de fuerza obligatoria<sup>825</sup>, con lo que además se cumple el segundo requisito de la actuación acorde a la protección y garantía de bienes jurídicos protegidos por el Estado como lo es la democracia.

Con esto, debemos darle paso al estudio del tratamiento jurídico-penal que, en efecto, han recibido los combatientes rebeldes pertenecientes a las FARC.

---

<sup>824</sup> Hans Welzel, *"Derecho natural..."*, p. 97.

<sup>825</sup> Carlos Pérez del Valle, *"Conciencia..."*, p. 93.

### 2.2.2 Tratamiento jurídico-penal

Una vez queda claro que, por sus condiciones, en lo que hay disponible para analizar, Jacobo Arenas, aunque volveremos a este punto más adelante, pudo considerarse como delincuente por convicción en su calidad de combatiente rebelde, así como otros miembros del Secretariado de las FARC, la cúpula alta de mando de la organización, lo lógico es que, de juzgársele y sancionársele, se le hubiese dado un tratamiento acorde a sus convicciones.

No obstante lo anterior, cuando nos enfocamos en las obligaciones internacionales del Estado en la investigación, el juzgamiento y la sanción a las conductas delictivas de las FARC, como se ha podido apreciar a partir de breves acercamientos, tenemos que denotar que ésta no ha sido una tarea fácil en ningún sentido para la rama judicial. Son miles los factores que inciden en la actividad de la Fiscalía y de los jueces de la República cuando se tiene en frente un conflicto tan prolongado como el colombiano. Por esta razón, tratar de hablar del tratamiento jurídico-penal que se les ha brindado a los miembros de las FARC es una tarea igual de compleja y más cuando el actor escogido, Jacobo Arenas, no fue, ni siquiera, como hemos mencionado, sometido a la justicia pues murió de manera temprana.

No obstante lo anterior, el 24 de agosto de 2016, en el gobierno de Juan Manuel Santos Calderón, cuando finalizó el conflicto armado entre el Estado y las FARC con la celebración del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera<sup>826</sup>, se abrió una posibilidad nunca antes vista para el tratamiento jurídico-penal de los actores del conflicto, incluidas las fuerzas armadas, los paramilitares y los terceros que financiaron, directa o indirectamente, la guerra. Esto debido a que, en pocas palabras, se acordaron una serie de amnistías para los delitos de carácter político -y conexos- y penas alternativas para los delitos comunes graves.

---

<sup>826</sup> Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Disponible online en: <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx> [consultado por última vez el 19 de septiembre de 2018].

Estas penas propuestas en el Acuerdo se pueden resumir de la siguiente manera<sup>827</sup>:

Sanciones	Tipo de sanción	¿En qué consiste?	¿Cuándo procede?	Duración
Propias JEP <sup>828</sup>	<i>Restringidas</i> de la libertad	Se le restringirá la libertad al sujeto en "Zonas Veredales Transitorias" y se le supervisará con horarios, residencia e informes. Si algo ha de ser modificado, será el Tribunal para la Paz quien lo decida.	Cuando el sujeto haya aceptado la responsabilidad por sus actos y coopere con la justicia y en la reconstrucción de la verdad de manera oportuna.	5 a 8 años por la totalidad de sanciones impuestas, incluyendo concursos de delitos.  2 a 5 años si la participación del sujeto en el delito no fue determinante.
Alternativas <sup>829</sup>	<i>Privativas</i> de la libertad	Se le privará la libertad al sujeto en un establecimiento carcelario	Cuando el sujeto haya aceptado la responsabilidad por sus actos y coopere con la JEP antes de que la justicia	5 a 8 años por la totalidad de sanciones impuestas, incluyendo concursos de delitos.

<sup>827</sup> Tabla realizada por el autor.

<sup>828</sup> Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Disponible online en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx> [consultado por última vez el 19 de septiembre de 2018]. Inciso segundo del numeral 60 del punto 5: Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.

<sup>829</sup> Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Disponible online en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx> [consultado por última vez el 19 de septiembre de 2018]. Inciso sexto del numeral 60 del punto 5: Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.

			ordinaria profiera lo condene.	2 a 5 años si la participación del sujeto en el delito no fue determinante
Ordinarias <sup>830</sup>	<i>Privativas de la libertad</i>	Se le privará la libertad al sujeto en un establecimiento carcelario	Cuando el sujeto no haya aceptado ningún tipo de responsabilidad ni haya cooperado con la justicia.	No inferior a 15 y no mayor a 20 años.

Esto, en Colombia, disparó una serie de alarmas en la población puesto que, por un lado, hubo un sector significativo de personas que se opuso al Acuerdo en tanto consideraban que, de una u otra forma, al dársele beneficios punitivos a los ex combatientes rebeldes se les estaría, en palabras textuales, “entregando el país” a éstos<sup>831</sup> y, por otro, algunos más que defendieron y recibieron con agrado la celebración del Acuerdo para finalizar, cuanto antes, tan longevo conflicto<sup>832</sup>.

<sup>830</sup> Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Disponible online en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx> [consultado por última vez el 19 de septiembre de 2018]. Inciso octavo del numeral 60 del punto 5: Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.

<sup>831</sup> Redacción política, “La cuestionable estrategia de campaña del No”, El Espectador, 6 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/cuestionable-estrategia-de-campana-del-no-articulo-658862> [Consultado por última vez el 20 de septiembre de 2018].

<sup>832</sup> El texto del acuerdo se sometió a un plebiscito para que la ciudadanía eligiera aprobarlo o no. En este plebiscito por la paz, como se le denominó, el ‘No’ se impuso ante el ‘Sí’ en el plebiscito con 6.422.136 votos, el 50,23 % de votos. Por su parte, el ‘Sí’ reunió un total de 6.361.762 votos. Lo que indica que fue una discusión realmente muy pareja. Para más información véase a David Arango, “Con el ‘No’ en el plebiscito, ¿qué viene ahora en el proceso?”, El Tiempo, 2 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/gano-el-no-en-el-plebiscito-por-la-paz-2016-39626> [consultado por última vez el 19 de septiembre de 2018].



Estas posiciones políticas, sin embargo, no serán objeto de estudio en esta investigación, como tampoco haremos un análisis detallado de lo que es la justicia transicional o sus efectos cuando se finaliza un conflicto de tal magnitud y se hace tránsito a la paz. De lo que sí hablaremos, como es de suponer, es de esos componentes alternativos que, en aras de la finalización del conflicto y en el marco de una negociación de intereses dispares, significaron reducciones punitivas para grandes e importantes delincuentes.

Ahora bien, el texto del Acuerdo, aunque ilustrativo de los compromisos adquiridos por el Estado y el grupo armado, no tiene efectos jurídicos prácticos, en tanto éste tuvo que ser refrendado en distintas ocasiones hasta que el Congreso expidió la ley 1820 de 2016<sup>833</sup>, la cual, además, fue sometida a control de constitucionalidad por la Corte Constitucional en la Sentencia C-007 de 2018 (M.P.: Diana Fajardo Rivera).

Por esta razón, la Ley 1820 de 2016 es la pieza esencial para implementar el Acuerdo Final, pues las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales destinados principalmente a los miembros de las FARC, es decir, a quienes se encontraban en rebelión contra el sistema constitucional y legal vigente e incurrieron en diversas conductas punibles, obtuvieron efectos jurídicos enfocados en distintos ámbitos del Derecho Penal sin descuidar la vigencia de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno<sup>834</sup>.

Ahora bien, en esta implementación, la Ley, como es apenas obvio, debió delimitar el ámbito de las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales que pueden ser tratados en este marco, puesto que no debe haber excepciones ilegítimas a la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y las graves infracciones al DIH. Por esta razón, el Legislador se ocupó de definir el ámbito de las conductas no amniables en diversos artículos de la Ley

---

<sup>833</sup> Ley 1820 de 2016. Diciembre 30. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>834</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

(específicamente los artículos 23 párrafo, literal a<sup>835</sup>, 30.1<sup>836</sup>, 46.1<sup>837</sup>, 47 inciso 4<sup>838</sup>, 52.2<sup>839</sup> y 57.2<sup>840</sup>), decidiéndose a otorgar amnistías e indultos a delitos políticos y

---

<sup>835</sup> Colombia. Ley 1820 de 2016. Diciembre 30. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. ARTÍCULO 23. CRITERIOS DE CONEXIDAD. PARÁGRAFO. En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las conductas siguientes: a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables.

<sup>836</sup> Colombia. Ley 1820 de 2016. Diciembre 30. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. ARTÍCULO 30. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA SALA DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS. Podrán ser objeto de las resoluciones mencionadas en este capítulo las personas a quienes se les atribuyan los delitos que hayan sido cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, siempre que no constituyan: 1. Casos de participación determinante en los denominados crímenes: crímenes de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, o reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, sin perjuicio de la facultad contemplada en el numeral 2 del artículo 28 de esta ley.

<sup>837</sup> Colombia. Ley 1820 de 2016. Diciembre 30. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. ARTÍCULO 46. DE LA RENUNCIA A LA PERSECUCIÓN PENAL. La renuncia a la persecución penal es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado propio del sistema integral mediante el cual se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera. Este mecanismo no procede cuando se trate de: 1. Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

<sup>838</sup> Colombia. Ley 1820 de 2016. Diciembre 30. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales

conexos y reclusión en lugares especiales exclusivamente a delitos que, aun siendo comunes, guarden una relación de conexidad directa o indirecta con el conflicto armado, debido a que no son susceptibles de amnistías por su gravedad<sup>841</sup>.

---

y otras disposiciones. ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA RENUNCIA A LA PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS AGENTES DEL ESTADO. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, a petición del interesado o de oficio, resolverá la situación jurídica del agente del Estado con la aplicación o no de la renuncia a la persecución penal. Determinado lo anterior, la sala ordenará la renuncia a la persecución penal siempre que no se trate de conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, ni de delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar.

<sup>839</sup> Colombia. Ley 1820 de 2016. Diciembre 30. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. ARTÍCULO 52. DE LOS BENEFICIARIOS DE LA LIBERTAD TRANSITORIA CONDICIONADA Y ANTICIPADA. Se entenderán sujetos beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada aquellos agentes del Estado que cumplan los siguientes requisitos: 2. Que no se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, salvo que el beneficiario haya estado privado de la libertad un tiempo igual o superior a cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz.

<sup>840</sup> Colombia. Ley 1820 de 2016. Diciembre 30. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. ARTÍCULO 57. DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN UNIDAD MILITAR O POLICIAL PARA INTEGRANTES DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIALES. Los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales que al momento de entrar en vigencia la presente ley lleven privados de la libertad menos de cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz continuarán privados de la libertad en Unidad Militar o Policial, siempre que cumplan los siguientes requisitos concurrentes: 2. Que se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

<sup>841</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Ahora bien, en el examen de constitucionalidad, siempre teniendo en mente la apertura democrática para la construcción de la paz y para fortalecer el pluralismo en la representación de diferentes visiones e intereses de la sociedad, la Corte Constitucional encontró factible este tratamiento diferenciado y lo declaró constitucional aclarando que, precisamente, la distinción de trato entre una y otra conducta se basa en una distinción razonable del hecho a partir de la motivación del agente, que debe ser, como ha definido la jurisprudencia y la doctrina, altruista o destinada a lograr cambios sociales profundos<sup>842</sup>.

Entendido lo anterior, aunque no lo dice textualmente pues el debate gira en torno al delito político, la Corte entiende que el contenido de la norma es una garantía de libertad para aquellas personas que materialmente habrían incurrido en conductas impulsadas por una necesidad política, es decir, por la convicción de que son obligatorias para la consecución de un fin sin perjuicio de que, en otro momento histórico, estas hayan sido calificadas de formas distintas, lo que significa que guardan una estrecha semejanza motivacional y merecen un trato semejante<sup>843</sup>.

Así, una decisión de política criminal del Gobierno -que influyó en la labor del legislador- fue reforzada por la Corte al mantener en alza el móvil político para establecer cánones alternativos en la atribución de responsabilidad penal. Es decir que, en términos netamente jurídico-penales, la Corte entendió que, desde un punto de vista de la necesidad preventivo general de la pena, se puede prescindir total o parcialmente de la pena en diferentes escenarios cuando existen convicciones guiando las actuaciones.

Con todo, por razones ajenas al Derecho Penal, pues se trata de una forma de punibilidad negociada para solucionar un problema, la Corte abrió la puerta, al declarar constitucional la Ley 1820 de 2016, a una interpretación motivacional de las conductas para que, en razón a la exigibilidad individual y -porqué no- de la cláusula absoluta de inexigibilidad del derecho a la libertad de conciencia, se pueda acceder a un tratamiento jurídico específico en el esquema de responsabilidad penal.

---

<sup>842</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>843</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

Este, entonces, es el tratamiento jurídico-penal que se les da, en la actualidad, a los actores del conflicto y, de estar Arenas vivo, podría –y debería- ser la manera de juzgársele y castigársele. Esto, sin embargo, apenas está iniciando, por lo que sus resultados los veremos, a nivel nacional, en los años venideros. No obstante, en lo que podemos percibir, aunque no es la fórmula presentada en el tercer capítulo de esta investigación, es, entre todo, una forma, desde las necesidades político criminales, de disminuir la pena a partir de la disminución de la culpabilidad, por lo que es un buen presagio a futuro.

Entendido lo anterior, es prudente exponer al representante del otro longevo –y no extinto- grupo armado revolucionario del conflicto armado: Camilo Torres Restrepo del ELN.

### **2.3 Camilo Torres – ELN**

Entre la contextualización histórica -y las diferentes apreciaciones realizadas- hemos mencionado que, a grandes rasgos, por el momento en el que se vivía en Colombia en los años 60 y por la influencia de la Revolución Cubana, nacieron grupos que impulsaron las fuerzas del socialismo en el territorio nacional. Hemos dicho, también, que entre esos grupos surgieron las FARC y el ELN, los cuales son los grupos armados al margen de la ley más longevos del conflicto armado. De este primero hemos hecho todo un recuento de su historia, su fundación, su ideología, su terminación y su juzgamiento y todo esto ha sido enfocado en determinar cuál es el tratamiento jurídico-penal que se le ha da, a la fecha, por la cercanía de su finalización como grupo armado, a los combatientes rebeldes y si sus convicciones han tenido alguna incidencia en tal determinación, mientras que del ELN y sus miembros poco o nada hemos dicho.

Esto, de hecho, tiene una explicación muy sencilla y es que el representante de este grupo armado, más que ser un combatiente rebelde del núcleo de la institución, fue un importante ideólogo independiente, con seguidores propios, que se unió a la guerrilla única y exclusivamente para buscar apoyo militar cuando decidió alzarse

en armas<sup>844</sup>. Lo anterior, aunque lo veremos en detalle, no es otra cosa que la descripción de Camilo Torres Restrepo como individuo y no como miembro del ELN.

Así entonces, Camilo Torres, como individuo, en pocas palabras, fue un cura inconforme con cosas que contradecían su inteligencia o su voluntad -al no encontrarlas suficientemente racionales- y, por lo mismo, exigía respuestas, lo que lo hacía más racional que emocional y en proceso hacia decisiones radicales si no hallaba eco a sus planteamientos<sup>845</sup>.

Por esto, el 17 de marzo de 1965, Torres pasó al estadio de la rebeldía, situándose en la esfera de la política o, más exactamente, de la acción política con la publicación de su “Plataforma de unidad popular” -conocida más tarde como “Plataforma del Frente Unido”- que, casi inmediatamente, fue acogida por grandes capas de obreros, campesinos, estudiantes, intelectuales y organizaciones políticas pues, contrario a los movimientos o partidos “revolucionarios” que se limitaban a repetir estereotipadas consignas pero que no ofrecían ningún estudio serio que sirviera de base a una posterior dinámica política<sup>846</sup>, el objeto de la Plataforma era hacer estudios

---

<sup>844</sup> Pocas personas han sido –y lo seguirán siendo- tan discutidas en Colombia como Camilo Torres Restrepo. Ingenuo, extremista, genio, héroe, bandolero, mito, equivocado, honesto, comunista, resentido, loco, sabio, apóstol o delincuente. Todos los más variados y contradictorios calificativos se han usado cuando se habla o se escribe sobre Camilo Torres. Unos lo juzgan desde el exclusivo punto de vista cristiano, otros desde un sitio de izquierdistas, quienes como figura humana, algunos como leyenda mítica y no pocos lo aceptan sólo en la medida de sus propias cobardías. Pero dígame cuanto se quiera, es indudable que Camilo Torres es la más importante figura que ha dado la revolución colombiana. Ningún revolucionario ha actuado en la forma tan pura y sincera como Camilo actuó y ninguno buscó tan desesperadamente la unidad popular, sin pretensiones de jefatura ni ambiciones hegemónicas de grupo de él. Para más información véase a Jaime Arenas, *“ELN: La guerrilla por dentro”*, Ícono, Bogotá, 2009, p. 75.

<sup>845</sup> Germán Guzmán Campos, *“Camilo: El cura guerrillero”*, Universidad INCCA de Colombia, Bogotá, 1967, p. 24.

<sup>846</sup> Torres, en palabras de su amigo cercano Jaime Arenas, quien escribió acerca de la lucha del cura, “[...] había llegado a la conclusión de que era imprescindible la lucha armada para la toma del poder y que solamente desde el poder era posible realizar la gran transformación revolucionaria del país. Pero no creía en la efectividad del Partido Comunista de Colombia ni en la política de autodefensa puesta en práctica en Marquetalia y otras zonas de Colombia por el Bloque Sur (más tarde FARC). Por otra parte no tenía noticia acerca del ELN y los rumores sobre la guerrilla eran múltiples y contradictorios. Así las cosas, Camilo

científicos y, por tanto, objetivos sobre algunos de los más urgentes y palpitantes problemas nacionales<sup>847</sup>.

Los miembros de la clase dominante y sus voceros periodísticos iniciaron una serie de ataques a los planteamientos de Torres y presionaron a los jerarcas de la Iglesia colombiana para que lo exiliaran, con lo que éstos determinaron que Torres viajara a Lovaina como becario de la Escuela Superior de Administración Pública. Este fue el detonante clave para que Torres se diera cuenta de que su destino estaba irrevocablemente ligado a la lucha revolucionaria y que era preciso eliminar cualquier traba que le obstaculizara su total entrega a la causa del pueblo, convencido como estaba de que la revolución era la única manera de que el amor por el prójimo fuera eficaz y que por lo tanto constituiría “un imperativo cristiano”<sup>848</sup>.

---

*consideraba inútil desarrollar un movimiento político sin existir una organización guerrillera”. Para más información véase a Jaime Arenas, “ELN: La guerrilla por dentro”, Ícono, Bogotá, 2009, p. 78.*

<sup>847</sup> Eran cerca de treinta temas que abarcaban desde las reformas agraria y urbana, nacionalizaciones, planificación y salud pública, hasta política familiar, liberación de la mujer, fuerzas armadas, política monetaria y cooperativismo. Una vez realizadas esas investigaciones por expertos con mentalidad de avanzada y de intercambiadas entre ellos, se darían a la publicación recogidas en un volumen que concluiría con una plataforma de lucha que buscara la unidad sobre esas bases. Para más información véase a Jaime Arenas, “ELN: La guerrilla por dentro”, Ícono, Bogotá, 2009, p. 76.

<sup>848</sup> Camilo Torres sostiene que la misión del sacerdote no debe limitarse a una rutinaria administración de sacramentos sino que debe implicar una toma de posiciones definidas frente a la injusticia social. Tal actitud exige liberación de presiones temporales para poder golpear con igual derecho la conciencia de los explotadores y la de los explotados. Es un convencido de que el sacerdote está obligado a comprometerse a fondo en la lucha contra todo desorden humano, lesivo de los intereses de la comunidad. Por eso postula la urgencia de que la jerarquía eclesiástica se pronuncie en forma audaz, menos titubeante, más explícita, frente a situaciones abusivas causadas por minorías usufructuarias de los medios de poder. Consecuente con su conciencia, repite ante las multitudes: “Yo no soy un dirigente de la clase popular, sino un servidor de la clase popular”. La convicción de servicio, de entrega, la extrae Camilo del Nuevo Testamento: Mat., V, VI, VII, 16; Juan, X, XVIII, 3; Rom., XII, 10; Sant., II, 15, 16, etc. No se le puede acusar de carencia de fundamentaciones neotestamentarias. Dentro de este marco, concibe el cristianismo como vertido, traducido en amor. Como una vivencia operante en el amor. No se queda, pues, en el enunciado de una caridad teórica y paternalista: “El cristiano debe adoptar una actitud para no traicionar la práctica de la caridad. Es necesario que su reacción no sea, en absoluto, una reacción oportunista y claudicante ante las exigencias del mundo. Pero el cristiano no debe apartarse del mundo, sino preservarse del mal (Jo., XVLL, 15). Debe santificar al mundo en la verdad (JO., XVII, 19). Debe, como Cristo, encarnarse en la humanidad, en su historia, en su cultura. Para eso debe buscar

Por todo lo anterior, el 7 de enero de 1966, el ELN distribuyó la proclama de Torres a los colombianos enviada desde las montañas, junto con una fotografía del mismo en las tropas del grupo armado manifestando su reciente incorporación<sup>849</sup>.

### 2.3.1 Convicciones

La mencionada Proclama de Camilo Torres que fue distribuida a los colombianos reza lo siguiente:

*“Colombianos:*

*Durante muchos años los pobres de nuestra patria han esperado la voz de combate para lanzarse a la lucha final contra la oligarquía.*

*En aquellos momentos en los que la desesperación del pueblo ha llegado a extremos, la clase dirigente siempre ha encontrado una forma de engañar al pueblo, distraerlo apaciguarlo con muchas fórmulas que siempre paran en lo mismo: el sufrimiento para el pueblo y el bienestar para las castas privilegiadas.*

*Cuando el pueblo pedía un jefe y lo encontró en Jorge Eliécer Gaitán, la oligarquía lo mató. Cuando el pueblo pedía paz, la oligarquía sembró el país de la violencia. Cuando el pueblo ya no resistía más violencia y organizó las guerrillas para tomarse el poder, la oligarquía inventó el golpe militar para que las guerrillas, engañadas, se entregaran. Cuando el pueblo pedía democracia, se volvió a engañar con un plebiscito y un Frente Nacional que le imponía la dictadura de la oligarquía”<sup>850</sup>.*

A partir del fragmento anterior, se puede extraer que Torres consideraba que el enemigo principal del pueblo es la oligarquía que controla el poder económico, el

---

la aplicación de su vida de amor sobrenatural, en las estructuras económicas y sociales en las cuales tiene que actuar”. Para más información véase a Germán Guzmán Campos, “Camilo: El cura guerrillero”, Universidad INCCA de Colombia, Bogotá, 1967, p. 26.

<sup>849</sup> Jaime Arenas, “ELN: La guerrilla por dentro”, Ícono, Bogotá, 2009, p. 109.

<sup>850</sup> Jaime Arenas, “ELN: La guerrilla por dentro”, Ícono, Bogotá, 2009, p. 114.



poder cultural, el poder militar y el poder eclesiástico y que las medidas de gobierno, como el Frente Nacional, son creadas para defender los intereses de ese botín burocrático minoritario<sup>851</sup>. De ahí propone, sin rodeos, la lucha armada como mecanismo de justicia:

*“Ahora el pueblo ya no creerá nunca más. El pueblo no cree en las elecciones. El pueblo sabe que las vías legales están agotadas. El pueblo sabe que no queda sino la vía armada. El pueblo está desesperado y resuelto a jugarse la vida para que la próxima generación de colombianos no sea de esclavos. Para que los hijos de los que ahora quieren dar su vida tengan educación, techo, comida, vestido y, sobre todo, DIGNIDAD. Para que los futuros colombianos puedan tener una patria propia, independiente del poderío norteamericano. Todo revolucionario sincero tiene que reconocer la vía armada como la única que queda. Sin embargo, el pueblo espera que los jefes con su ejemplo y con su presencia den la voz de combate”<sup>852</sup>.*

Así, justifica la violencia en tanto a que, cuando todos los canales de ascenso social parecían cerrados para el campesinado y la estructura opresora de la sociedad colombiana permanecía inmovible, las guerrillas vinieron a abrir, bien o mal, nuevos canales de ascenso y, a través de su existencia, decenas y cientos de miles de campesinos adquirieron conciencia de seres humanos capaces de decidir en la historia de Colombia. Lo que hace que las guerrillas sean un poder paralelo al poder estatal conservador-liberal, a través del cual, por métodos buenos o malos pero impuestos por la necesidad y por la incapacidad de las clases dominantes para aceptar cambios, ascendieron grandes masas campesinas en su seguridad en sí mismas, en sus propias fuerzas, en su sentimiento de dignidad humana y en su capacidad de decisión y de autogobierno, al punto que, la violencia, constituye un cambio socio-político importante y profundo en Colombia<sup>853</sup>. Con esto, entonces, se cumpliría el primer requisito para acceder a la causa suprallegal de inexigibilidad basada en la libertad de conciencia pues Torres consideraba que no había otra forma para lograr sus fines pretendidos, acorde a sus convicciones personales, que

---

<sup>851</sup> Germán Guzmán Campos, *“Camilo: El cura guerrillero”*, Universidad INCCA de Colombia, Bogotá, 1967, p. 36.

<sup>852</sup> Jaime Arenas, *“ELN: La guerrilla por dentro”*, Ícono, Bogotá, 2009, p. 114.

<sup>853</sup> Germán Guzmán Campos, *“Camilo: El cura guerrillero”*, Universidad INCCA de Colombia, Bogotá, 1967, p. 90.

delinquir. Posteriormente explica por qué fue esencial la unión al ELN en los siguientes términos:

*“Yo quiero decirle al pueblo colombiano que este es el momento, que no lo he traicionado. Que he recorrido las plazas de los pueblos y ciudades caminando por la unidad y la organización de la clase popular para la toma del poder. Que he pedido que nos entreguemos por estos objetivos hasta la muerte.*

*Ya está todo preparado. La oligarquía quiere realizar otra comedia en las elecciones: con candidatos que renuncian y vuelven a aceptar; con comités bipartiditas; con movimientos de renovación a base de ideas y de personas que no solo son viejas sino que han traicionado al pueblo. ¿Qué más esperamos, colombianos?*

*Yo me he incorporado a la lucha armada. Desde las montañas colombianas pienso seguir la lucha con las armas en la mano, hasta conquistar el poder para el pueblo. Me he incorporado al Ejército de Liberación Nacional porque en él encontré los mismos ideales del Frente Unido. Encontré el deseo y la realización de una unidad por la base, de base campesina, sin diferencias religiosas ni de partidos tradicionales. Sin ningún ánimo de combatir a los elementos revolucionarios de cualquier sector, movimiento o partido. Sin caudillismos. Que busca liberar al pueblo de la explotación de las oligarquías y el imperialismo. Que no depondrá las armas mientras el poder no esté totalmente en manos del pueblo. Que en sus objetivos acepta la plataforma del Frente Unido”<sup>854</sup>.*

A partir de lo anterior se explica por qué siendo sacerdote y sociólogo, buscó la transformación estructural de Colombia en beneficio del pueblo y, después de haber ensayado por muchos medios, de recurrir a los políticos de la oposición, se resolvió a plantearlo al pueblo directamente<sup>855</sup>. Con lo que se cumple el segundo requisito de la causa de inexigibilidad pues se está hablando de la protección de la democracia y de los derechos de las minorías. Esta invitación se evidencia en los párrafos finales de la Proclama donde dice que:

---

<sup>854</sup> Jaime Arenas, *“ELN: La guerrilla por dentro”*, Ícono, Bogotá, 2009, p. 114.

<sup>855</sup> Germán Guzmán Campos, *“Camilo: El cura guerrillero”*, Universidad INCCA de Colombia, Bogotá, 1967, p. 74.

*“Todos los colombianos debemos ponernos en pie de guerra. Poco a poco irán surgiendo jefes guerrilleros experimentados en todos los rincones del país. Mientras tanto debemos estar alerta. Debemos recoger armas y municiones. Buscar entrenamiento guerrillero. Conversar con los más íntimos. Reunir ropa, drogas y provisiones, y prepararnos para una lucha prolongada.*

*Hagamos pequeños trabajos contra el enemigo en los que la victoria sea segura. Probemos a los que se dicen revolucionarios. Descartemos a los traidores. No dejemos de actuar pero no nos impacientemos. En una guerra prolongada todos deberán actuar en algún momento. Lo que importa es que en ese preciso momento la revolución nos encuentre listos y prevenidos. No se necesita que todos hagamos todo. Debemos repartir el trabajo. Los militantes del Frente Unido deben estar a la vanguardia de la iniciativa y de la acción. Tengamos paciencia en la espera y confianza en la victoria final.*

*La lucha del pueblo se debe volver una lucha nacional. Ya hemos comenzado porque la jornada es larga.*

*Colombianos: No dejemos de responder al llamado del pueblo y de la revolución.*

*Militantes del Frente Unido: Hagamos una realidad nuestras consignas:*

*¡Por la unidad de la clase popular hasta la muerte!*

*¡Por la organización de la clase popular hasta la muerte!*

*¡Por la toma del poder para la clase popular hasta la muerte!*

*Hasta la muerte porque estamos decididos a ir hasta el final.*

*Hasta la victoria porque un pueblo que se entrega hasta la muerte siempre logra la victoria.*

*Hasta la victoria final con las consignas del Ejército de Liberación Nacional:*

*¡Ni un paso atrás... Liberación o muerte!*

*Camilo Torres Restrepo*

*Por el Ejército de Liberación Nacional:*

*Fabio Vásquez Castaño*

*Víctor Medina Morón*

*Desde las montañas, enero de 1966.*

*Reproduzca este manifiesto.*"<sup>856</sup>

Cuarenta días después de publicarse la proclama, es decir cuarenta días después de alzarse en armas y manifestar la oficialización de su participación en la guerrilla, caía muerto en combate contra tropas del Ejército regular Camilo Torres Restrepo<sup>857</sup>. Por esta razón, ahunado a que, a la fecha, todavía no se ha logrado un acuerdo de paz entre el Gobierno y el ELN, por lo que no hay un punto de partida claro, es imposible tratar de hacer un análisis del tratamiento jurídico que recibió –que no lo hubo- y el que, idealmente, debió recibir.

## **2.4 Carlos Castaño – AUC**

Ya hemos visto de manera amplia cuál fue la incidencia de los paramilitares en el conflicto armado y hemos dicho que su nacimiento fue causa fundamental del incremento en la gravedad del enfrentamiento. Ahora bien, para determinar la influencia de convicciones propias a la conciencia de los paramilitares en sus actos delictivos, debemos remontarnos al origen del fenómeno para entender las causas del mismo y, en este sentido, tenemos que analizar las dos versiones del mismo: i) que nació en el desarrollo de la estrategia contrainsurgente en Colombia; y ii) que fue creado con los escuadrones de la muerte de los narcotraficantes<sup>858</sup>. Frente a la primera versión existe cierto consenso entre los investigadores al afirmar que, en términos muy sintéticos, el paramilitarismo inició en una primera reacción frente a los abusos de las guerrillas mediante su aprobación legal con el Decreto Legislativo 3398 de 1965, que se convertiría en legislación permanente por medio de la Ley 48

---

<sup>856</sup> Jaime Arenas, *"ELN: La guerrilla por dentro"*, Ícono, Bogotá, 2009, p. 114.

<sup>857</sup> Rafael Pardo Rueda, Prólogo a Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *"Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario"*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 13.

<sup>858</sup> Humberto Librado Castillo, *"Caracterización de los estudios del paramilitarismo en Colombia"*, Universidad la Gran Colombia, Bogotá, 2012, p. 52.

de 1968<sup>859</sup>. Esto significa que las entidades estatales no sólo no combatieron el fenómeno el paramilitarismo colombiano sino que lo apoyaron sistemáticamente.

Este tipo de abusos y desmanes fueron, puntualmente, la razón por la cual los hermanos Castaño, Carlos, Fidel y Vicente, se vincularon a la lucha antiguerrillera, en tanto, su padre, Jesús Antonio Castaño, fue secuestrado y asesinado en 1979 a manos de las FARC, lo que los forzó a trabajar en el ejército en la zona de Segovia, Antioquia, para vengar la muerte de su padre y, de paso, eliminar a las guerrillas, los sindicalistas y los militantes de los nacientes partidos de izquierda<sup>860</sup>.

Por otro lado, los hermanos Castaño, durante la década de los 80, también estuvieron relacionados con el cartel de Medellín al pertenecer al círculo de allegados de Pablo Escobar, de tal forma que el narcotráfico en Colombia contribuyó a la configuración de grupos contrainsurgentes en distintas regiones del país, lo que significa que, en realidad, el paramilitarismo tuvo un origen conjunto en las dos versiones que presentábamos<sup>861</sup>.

La relación lícita entre el Estado y los grupos paramilitares finalizó en 1989 cuando el Decreto 815 de 1989<sup>862</sup> derogó el artículo 33, parágrafo 3 de la Ley 48 de 1968<sup>863</sup>.

---

<sup>859</sup> Colombia. Ley 48 de 1968. Diciembre 16. Diario Oficial No. 32.679 de 26 de diciembre de 1968. Modificado por el Decreto Nacional 284 de 1973. Por la cual se adopta como legislación permanente algunos decretos legislativos, se otorgan facultades al Presidente de la República y a las Asambleas, se introducen reformas al Código Sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.

<sup>860</sup> Raul Zelik, *"Paramilitarismo: Violencia y transformación social, política y económica en Colombia"*, Traducido por: N. Castro. Siglo del hombre editores, Bogotá, 2015, p. 107.

<sup>861</sup> Humberto Librado Castillo, *"Caracterización de los estudios del paramilitarismo en Colombia"*, Universidad la Gran Colombia, Bogotá, 2012, p. 53.

<sup>862</sup> Colombia. Decreto 815 de 1989. Abril 19. Diario Oficial No. 38.785 de 19 de abril de 1989. Por el cual se suspenden algunas normas incompatibles con e estado de sitio.

<sup>863</sup> Colombia. Decreto 815 de 1989. Abril 19. Diario Oficial No. 38.785 de 19 de abril de 1989. Por el cual se suspenden algunas normas incompatibles con e estado de sitio. Artículo 1. Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, suspéndese la vigencia del parágrafo tercero del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965, adoptado como legislación permanente por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 48 de 1968, que es del siguiente tenor: "Artículo 33, parágrafo 3º El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los Comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas".

No obstante, los lazos entre el Estado y el crimen organizado siguieron intactos y sirvieron de fundamento para otras formas de cooperación informales, esta vez en la guerra contra el Cartel de Medellín, donde los paramilitares le entregaron información sobre Escobar a la Policía colombiana y, ahora financiados por el Cartel de Cali, actuaron como escuadrones de la muerte (llamados los Pepes, acrónimo de “Perseguidos por Pablo Escobar”). Este cambio no fue solo decisivo para la derrota de la organización narcotraficante, sino que también marcó la reconfiguración del paramilitarismo a partir de 1989<sup>864</sup>.

Con esto, en 1997, de manera politizada y centralizada, Carlos Castaño fundó, junto con los demás jefes paramilitares, la estructura organizativa nacional de las AUC con, principalmente, tres objetivos: i) expandirse en todo el territorio colombiano para garantizar una cobertura nacional; ii) consolidar los territorios conquistados, es decir, pasar del mero control militar al control político, social y económico de los mismos; y iii) posicionarse ante la opinión pública como tercer actor del conflicto con completa independencia del Estado <sup>865</sup>. De esta manera, los jefes de la organización presentaban una integración en las formas de su actuación e incluso establecieron unos estatutos básicos que regían a la organización de manera general<sup>866</sup>.

Conforme a lo anterior, analizaremos los estatutos de las AUC en búsqueda de convicciones inherentes a la conciencia de Carlos Castaño como fundador y máximo representante. Sin embargo, esto lo haremos desde la visión que él plasma en su autobiografía autorizada llamada “Mi Confesión”<sup>867</sup>.

#### **2.4.1 Convicciones**

---

<sup>864</sup> Raul Zelik, *“Paramilitarismo: Violencia y transformación social, política y económica en Colombia”*, Traducido por: N. Castro. Siglo del hombre editores, Bogotá, 2015, p. 104.

<sup>865</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>866</sup> Humberto Librado Castillo, *“Caracterización de los estudios del paramilitarismo en Colombia”*, Universidad la Gran Colombia, Bogotá, 2012, p. 54.

<sup>867</sup> Mauricio Aranguren Molina, *“Mi confesión: Revelaciones de un criminal de guerra”*, Bogotá, Sepha, 2006.

Carlos Castaño, representando a un grupo de personas desprotegidas por el Estado en la permanencia y profundización del conflicto armado interno, le dio contexto internacional al mismo cuando logró constituir, a lo largo y ancho de la nación, una fuerza civil armada antiguerrillera con militares retirados, ex guerrilleros, ganaderos, empresarios, comerciantes, arroceros, cacaoteros, cafeteros, palmeros, cultivadores y transportadores<sup>868</sup>, por lo que fue un líder aclamado, incluso entre la población civil no combatiente<sup>869</sup>.

Este liderazgo, con el que el pueblo, por la época, se identificó, partía de varias ideas que están consignadas en sus escritos, los cuales, en términos generales, se guían por lo siguiente:

*“En procura de reconstruir su deteriorado escenario político, las guerrillas pretenden equivocadamente presionar la construcción de identidades colectivas a partir de un esquema de priorización militar sobre lo político, dando lugar a un proceso de expansionismo armado inversamente proporcional a los espacios de arraigo social que paulatinamente perdían. De esta manera, el divorcio creciente entre el acumulado militar y el referente político, favorecería las tentaciones terroristas expresadas en la proliferación y rutinización de conductas criminales como el secuestro extorsivo, los asaltos genocidas, los atentados dinamiteros y el incremento exponencial de la actividad del narcotráfico; prácticas que han convertido a la guerrilla en un grande, eficiente y lucrativo consorcio del crimen, extendido y consolidado en múltiples zonas del territorio nacional, a la sombra de un Estado ineficiente e inoperante. Ya que el Estado, como factor de cohesión social, es insuficiente. La ruptura de las responsabilidades anexas a las obligaciones que dimanaban del contrato social que le dio origen, colapsó las relaciones entre el Estado y la sociedad hasta el extremo de tolerar el desplazamiento del ejercicio legítimo de su propia soberanía al arbitrio de los intereses de actores subversivos armados. Estas porciones de soberanía arrebatadas al Estado deslegitiman su naturaleza al tiempo que se generan peligrosamente nuevos escenarios de confrontación política y militar en los que necesariamente aparecerían,*

---

<sup>868</sup> Francisco Leal Buitrago, Militares y paramilitares en Colombia, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, “La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, p. 43.

<sup>869</sup> Mauricio Aranguren Molina, “Mi confesión: Carlos Castaño revela sus secretos”, Editorial Oveja Negra, Bogotá, 2001, p. 200.

*como en efecto ocurrió, otros actores que inevitablemente le imprimirían al conflicto una dinámica de desinstitucionalización y multipolarización*<sup>870</sup>. (Subrayado fuera del texto original)

Con esto, Carlos Castaño presentaba, a manera de problema, dos cosas: i) el fenómeno guerrillero como algo que, a través de sus desmanes, afectaba al pueblo; y ii) la persistente debilidad política del Estado, pues la ausencia de directrices políticas y la improvisación en el manejo del orden público estaba llevando a la ineficacia militar en la lucha contra la subversión<sup>871</sup>. Basándose en eso, para el primer problema propone la siguiente solución:

*“El pensamiento de las AUC encarnado en el proyecto de renovación y reestructuración del Estado, se condensa en la formulación de un glosario de propuestas encaminadas a reconciliar la democracia económica con la democracia política para la promoción del equilibrio social. En este sentido, nos distanciamos de las posturas socialistas de la subversión, que apuntan hacia el terreno de las conquistas hipotéticas de la igualdad ahogando la libertad, a través del peregrino cuento de la dictadura del proletariado, que no es más que la tiranía militar de la aristocracia política obrera en el poder, representando los intereses de los cuadros dirigentes del partido y no del pueblo”*<sup>872</sup>.

A partir de tal propuesta de reconciliar la democracia económica con la democracia política para la promoción del equilibrio social, Carlos Castaño justifica el que las AUC tuvieran que recurrir a la justicia privada, en tanto, al ser el Estado incapaz de proteger a sus ciudadanos ante el terrorismo, que era el segundo problema, sólo quedaba la acción decidida para evitarle semejantes tragedias a otras familias colombianas<sup>873</sup>. Esto se ve claramente cuando dice que:

---

<sup>870</sup> Carlos Castaño, *“Colombia Siglo XXI: Las Autodefensas y la paz”*, Colombia Libre, Bogotá, 1999, p. 19.

<sup>871</sup> Francisco Leal Buitrago, *Militares y paramilitares en Colombia*, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, p. 44.

<sup>872</sup> Carlos Castaño, *“Colombia Siglo XXI: Las Autodefensas y la paz”*, Colombia Libre, Bogotá, 1999, p. 31.

<sup>873</sup> Raul Zelik, *“Paramilitarismo: Violencia y transformación social, política y económica en Colombia”*, Traducido por: N. Castro. Siglo del hombre editores, Bogotá, 2015, p. 111.



*“Las Autodefensas Unidas de Colombia constituyen una organización nacional de resistencia civil en armas, surgida como consecuencia de las contradicciones de carácter político, económico, social y cultural de la sociedad colombiana. Contradicciones que progresivamente se han agravado a causa de la conducta omisa del Estado en el cumplimiento de claras normas constitucionales que le ordenan garantizar la vida, el orden social, la paz ciudadana, el patrimonio económico, cultural y ecológico de la Nación; la justicia social y económica, la participación democrática, la seguridad pública, etc.; factores éstos que han originado el surgimiento de las expresiones armadas de cuya existencia sólo es responsable el mismo Estado. Las graves acciones y omisiones del Estado anexas al objetivo guerrillero de buscar imponer –con una confusa, sangrienta e indiscriminada conducta criminal- un supuesto modelo de estado social, le han otorgado a nuestra Organización un fuerte carácter político en el marco de la actual confrontación armada, como quiera que exigimos, de un lado, la remoción por parte del Estado de las causas objetivas que potencian el conflicto y rechazamos, de otro lado, el instrumento de la violencia ofensiva implementado por la guerrilla como “único” mecanismo para impulsar las reformas políticas, económicas y sociales que todos los colombianos reclamamos del Estado. Si las guerrillas actúan políticamente con el propósito de sustituir o destruir parcial o totalmente el Estado, las Autodefensas por opuestas consideraciones políticas rechazan la imposición violenta de este proyecto, levantando las armas contra el enemigo y supliendo los vacíos e inconsistencias del Estado en su deber constitucional de salvaguardar el orden, el bienestar y la seguridad ciudadana vulnerados por la guerrilla. Militar y políticamente enfrentamos la subversión en defensa de la vida, la libertad y la propiedad, y políticamente enfrentamos al Estado en demanda de eficiencia, probidad, asistencia y estricto cumplimiento del mandato delegado por el pueblo”<sup>874</sup>. (Subrayas fuera del texto original)*

Esta forma de pensamiento quedó plenamente recogida en la Primera Conferencia nacional de organizaciones antsubversivas regionales cuando se aprobó el acta de constitución del movimiento confederado de las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC-, se dictó el estatuto de régimen interno y el marco ideológico que sustenta

---

<sup>874</sup> Carlos Castaño, “Colombia Siglo XXI: Las Autodefensas y la paz”, Colombia Libre, Bogotá, 1999, p. 113.

los principios sobre los cuales apoya su filosofía del proyecto, con las siguientes declaraciones:

1. *“La Organización de Autodefensas Unidas de Colombia AUC, es un movimiento político-militar antisubversivo de resistencia civil, portador de un proyecto político que defiende y representa intereses de los sectores populares y medios de la sociedad nacional.*
2. *La legítima defensa, personal o colectiva, es una institución de derecho natural anterior al derecho positivo. Por lo tanto es inviolable, universal, imprescriptible y de vigencia perenne”*<sup>875</sup>.

Hasta este punto se puede observar que prima un deber moral sobre el deber legal en el sujeto, por lo que comienza a verse una causal de justificación en su actuar<sup>876</sup>.

3. *“La violación de la preceptiva constitucional que le otorga al Estado las responsabilidades de defensa, protección y seguridad de los intereses individuales y colectivos, deslegitima el ejercicio institucional del monopolio de las armas. Esta facultad delegada la reasume la sociedad.*
4. *La defensa institucional de la Unidad Nacional y de la democracia, pasa a ser una obligación social de carácter general, imperativa y patriótica, frente a la amenaza incontenible de factores internos o externos dirigidos a destruir estos valores.*
5. *La desprotección estatal del derecho de propiedad privada, fundamento esencial del sistema económico vigente, legitima el derecho individual o colectivo de proveer su defensa.*
6. *El secuestro extorsivo es un delito contra la humanidad. La ineficacia e impotencia del Estado para eliminarlo de la vida nacional, otorga derechos y deberes al ciudadano semejantes a los que posee el mismo Estado para combatir ese flagelo.*
7. *La defensa e imposición de un proyecto político a través del instrumento armado, induce a la adopción de mecanismos semejantes para oponer resistencia a la intimidación y a la opresión. El uso de la violencia para la transformación de la sociedad es anacrónico, injusto, impopular, criminal y autoritario.*

---

<sup>875</sup> Carlos Castaño, *“Colombia Siglo XXI: Las Autodefensas y la paz”*, Colombia Libre, Bogotá, 1999, p. 52.

<sup>876</sup> Mauricio Aranguren Molina, *“Mi confesión: Revelaciones de un criminal de guerra”*, Bogotá, Sepha, 2006, p. 39.

8. *A la oposición armada de carácter político, el gobierno implementa respuestas armadas y judiciales del mismo carácter. Pero, cuando las respuestas del Establecimiento son insuficientes para reprimir la oposición convertida en agresión contra el pueblo, la reacción armada de origen civil no sólo es legítima sino esencialmente política*"<sup>877</sup>.

A raíz de esto, cuando se plantea la ineficacia de los medios legales dispuestos por el Estado, es cuando se da pie a la toma por mano propia de las acciones necesarias para salvaguardar bienes desprotegidos<sup>878</sup>, con lo que se cumple el primer requisito dispuesto para la aplicación de la causal supralegal de inexigibilidad.

9. *"La reacción civil armada, sustento de la lucha antisubversiva, plantea una confrontación política y militar con las guerrillas, simultánea a una oposición política y estratégica frente al Estado.*
10. *El establecimiento de un nuevo orden político y socio-económico incumbe y afecta a toda la sociedad. Sólo un amplio proceso de concertación democrática por la vía institucional, garantiza los derechos de participación y estructuras del Estado. La exclusión política y social es altamente generadora de violencia.*
11. *Las abominables prácticas de clientelismo y corrupción en la gestión pública, se traducen en instrumentos de desestabilización que gravan aún más la situación de desgobierno y descomposición social vigentes.*
12. *La solución política negociada es el único camino a la paz*"<sup>879</sup>.

Por consiguiente, buscando la protección de bienes jurídicos que deben ser garantizados por el Estado, como la democracia y la paz social en el nuevo orden político y socio-económico, con lo que se cumple el segundo requisito para acceder a la causa supralegal de inexigibilidad, también se deja abierta la posibilidad de negociación, pues entiende, de una u otra forma, que indiferente de lo que pase con las guerrillas, su presencia deslegitima al Estado, por lo que lo ideal sería hacer una transición a la legalidad cuando el problema haya sido solucionado para seguir

---

<sup>877</sup> Carlos Castaño, *"Colombia Siglo XXI: Las Autodefensas y la paz"*, Colombia Libre, Bogotá, 1999, p. 52.

<sup>878</sup> Mauricio Aranguren Molina, *"Mi confesión: Revelaciones de un criminal de guerra"*, Bogotá, Sepha, 2006, p. 41.

<sup>879</sup> Carlos Castaño, *"Colombia Siglo XXI: Las Autodefensas y la paz"*, Colombia Libre, Bogotá, 1999, p. 52.

aportando y trabajando por Colombia desde allí, de tal forma que su eventual desmovilización consistiría en devolverle el control al Estado, como si las partes hubiesen admitido abiertamente que no lo tenían<sup>880</sup>. Esto se ve con mayor claridad cuando Castaño afirma que:

*“Las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, reiteran que la solución militar al actual conflicto prolonga el estado de guerra, mientras no se combatan las causas que lo generan. Nuestra organización político-militar no sólo identifica dentro del contexto de la actual confrontación civil el fenómeno de la subversión armada como un factor altamente determinante de la guerra, sino que además reconoce la concurrencia de otros factores que están contribuyendo a la agudización del conflicto y, pero aún, a la desintegración de la Unidad Nacional: las enormes defraudaciones al erario, el incumplimiento sistemático de los mandatarios con los programas de desarrollo social, y el permanente fraude en la administración de negocios y gestiones públicas, son manifestaciones corruptas que lesionan tanto o más a la Nación como las expresiones de violencia originadas en el conflicto político armado”<sup>881</sup>.*

Así entonces, desde 1999, Castaño venía ofreciéndole al gobierno un cese de fuego básicamente con esta misma condición: que la guerrilla se comprometiera seriamente a ponerle fin al conflicto<sup>882</sup>, lo cual se dio en 2005 en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez mediante la Ley de Justicia y Paz, la cual será nuestro referente para hablar del tratamiento jurídico-penal dado a los paramilitares.

#### **2.4.2 Tratamiento jurídico-penal**

A partir del año 2002, por la férrea presencia y la simpatía con el paramilitarismo en la clase política colombiana, el Estado se vio forzado a impulsar a las AUC como un actor armado independiente de éste e iniciar negociaciones con la misma

---

<sup>880</sup> María Teresa Ronderos, *“Guerras recicladas: Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia”*, Aguilar, Bogotá, 2014, p. 358.

<sup>881</sup> Carlos Castaño, *“Colombia Siglo XXI: Las Autodefensas y la paz”*, Colombia Libre, Bogotá, 1999, p. 115.

<sup>882</sup> María Teresa Ronderos, *“Guerras recicladas: Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia”*, Aguilar, Bogotá, 2014, p. 350.

organización<sup>883</sup>. Por esto, bajo la estrategia oficial de “estricta confidencialidad”, empezaron los diálogos entre las partes, en los que se abordó el estatus de las autodefensas como actores políticos del conflicto armado<sup>884</sup>, para que, a cambio de una sustancial rebaja de penas, los grupos de autodefensas se desmovilizaran, se desarmaran y se integraran a la sociedad, abandonando su actuar al margen de la ley<sup>885</sup>.

Estas negociaciones se concretaron en la Ley 975 de 2005<sup>886</sup> conocida como la Ley de Justicia y Paz (LJP) la cual, tras un intenso debate en el que, obviamente, los paramilitares no querían ni oír hablar de penas de prisión aunque fueran mínimas, otorga importantes beneficios punitivos a aquellos paramilitares que se desmovilicen y cumplan con ciertas exigencias, como la confesión de sus delitos y la entrega de bienes para la reparación de las víctimas, puesto que establece que esas personas recibirán una pena alternativa de cinco a ocho años de prisión -aun cuando

---

<sup>883</sup> Las negociaciones de paz con las autodefensas tuvieron su inicio formal el 2 de julio de 2004, en el marco de negociaciones fue emitida la Ley de Justicia y Paz, la cual permitió la desmovilización de los comandantes de las autodefensas. No obstante su acogimiento a la justicia transicional se demostró que algunos jefes de autodefensas seguían delinquiendo desde sus sitios de reclusión, siendo extraditados a Estados Unidos el 13 de mayo de 2008 por sus vínculos con actividades de narcotráfico. Para más información véase a Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *“Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario”*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 65.

<sup>884</sup> Según el argumento del Gobierno, los fines perseguidos por unos y otros, por las guerrillas y por las autodefensas, podían dar lugar a su tratamiento como delincuentes políticos. Al fin y al cabo, tanto autodefensas como guerrillas, estas últimas de forma definitiva como rebeldes, y las primeras de forma transitoria como sediciosos, pretendían suplantar al Estado. Pero el argumento no quedaba ahí. De acuerdo con las declaraciones del Gobierno en esta primera etapa de las negociaciones, la suplantación transitoria del Estado se justificaba porque en los últimos años no se había podido encontrar seguridad en varias partes del territorio nacional debido al accionar de las guerrillas. Para más información véase a Gonzalo Sánchez Gómez, *“Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?”*, Centro de memoria histórica, Bogotá, 2012, p. 437.

<sup>885</sup> Alfonso Daza González, *“La pena alternativa en la ley de justicia y paz”*, Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá, 2016, p. 47.

<sup>886</sup> Ley 975 de 2005. Julio 25. Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

hayan cometido masivamente delitos atroces-, en vez de recibir las penas ordinarias hasta de cuarenta años previstas por la legislación penal<sup>887</sup>.

Con esto, el objetivo fundamental de la Ley de Justicia y Paz es que, facultando a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial del país a determinar la “pena alternativa” imponible a los condenados (privación de la libertad por un periodo mínimo de cinco años y no superior a ocho años) o la “libertad a prueba” (libertad vigilada por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta cuando ésta se cumpla)<sup>888</sup>, se coadyuve a la efectividad del derecho a la verdad, a la reparación y a la no repetición de crímenes atroces, es decir, que sea un medio efectivo para la consecución de paz y la reconciliación<sup>889</sup>.

Este proyecto, en la individualización de las penas, como podemos observar, es el antecedente directo de la Ley 1820 del 2016 que analizamos cuando hablábamos de las FARC. No obstante esto, aunque tiene otros puntos de diferencia, la principal disparidad es que, si bien reconocía en abstracto los derechos de las víctimas a la justicia al prever una cierta dosis de castigo para los responsables de crímenes atroces, en relación con la verdad, el proyecto exigía que los desmovilizados

---

<sup>887</sup> Esta Ley ha sido sujeta a muchas críticas. Algunas positivas y otras negativas. Esto no será tema de análisis pero vale la pena decir que algunos analistas cercanos al gobierno, como el presidente de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Eduardo Pizarro, califican esa ley como una regulación que es modelo en el mundo, pues sería la primera vez que se habría logrado avanzar en un proceso de paz sin consagrar la impunidad de los victimarios. Otros sectores, por el contrario, consideran que esa ley es realmente un inaceptable mecanismo de impunidad, semejante a las leyes de amnistía del cono sur de los años ochenta del siglo pasado, ya que aunque adopta el discurso de los derechos humanos, es en realidad un proceso de simulación, pues en el fondo persigue una impunidad encubierta. Finalmente, en una suerte de posición intermedia otros estudios han insistido en la ambigüedad de esa regulación y argumentan que en abstracto y en sus principios la LJP no es de iure una ley de impunidad, pues prevé una cierta dosis de castigo para los crímenes atroces cometidos por los paramilitares, pero podría tornarse en un dispositivo de impunidad de facto, debido a las limitaciones de sus mecanismos de implementación. Para más información véase a Rodrigo Uprimny Yepes, Las leyes de Justicia y Paz, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, p. 93.

<sup>888</sup> Alfonso Daza González, *“La pena alternativa en la ley de justicia y paz”*, Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá, 2016, p. 37.

<sup>889</sup> Felipe Gómez Isa, *“Colombia en su laberinto: Una mirada al conflicto”*, Catarata, Madrid, 2008, p. 98.

confesaran los crímenes en los que habían participado pero no establecía la pérdida de los beneficios penales en caso de confesiones falsas o incompletas, de tal forma que si, con posterioridad a la versión libre, la Fiscalía determinaba que el desmovilizado había participado en una o varios crímenes cuya comisión no había confesado, éste tenía la posibilidad de allanarse a los cargos y recibir así, nuevamente, los beneficios que recibió con anterioridad<sup>890</sup>.

Esto conforme a las obligaciones estatales frente a los derechos de las víctimas, pues las penas si tienen límites mínimos y máximos igual, por lo que, en lo que a esto respecta, contrario a lo que veíamos con la Ley 1820, cuando la Corte Constitucional intervino, aun aceptando, como legítimo el principio central de la Justicia Transicional, el castigo penal reducido para alcanzar la paz, ésta no le reconoció ningún tipo de status político a los paramilitares<sup>891</sup>, en tanto a que, en la Sentencia C-370 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández) declaró la inexecutable del artículo 71<sup>892</sup> que hablaba de sedición, entre otras disposiciones, al considerar los actos de los paramilitares no pueden enmarcarse en disposiciones de la parte especial que estén basados en criterios políticos<sup>893</sup>.

---

<sup>890</sup> Rodrigo Uprimny Yepes, *Las leyes de Justicia y Paz*, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, p. 98.

<sup>891</sup> Rodrigo Uprimny Yepes, *Las leyes de Justicia y Paz*, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, p. 100.

<sup>892</sup> Artículo 71. Sedición. Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: "También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.

Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993".

<sup>893</sup> La norma es contraria a la Constitución, que prevé un trato excepcional al delito político, y desconoce el hecho de que en la legislación colombiana el paramilitarismo nunca ha sido considerado como delito de sedición. La modificación introducida al tipo penal de sedición no corresponde al concepto de delito político, que tiene como uno de los elementos fundamentales la oposición al Estado. Para más información véase Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.P.:

Adicionalmente, en septiembre del 2007, la Corte Suprema de Justicia cerró cualquier posibilidad de revivir el artículo 71 y darle tinte político a la actividad paramilitar cuando consideró que los paramilitares no tenían un proyecto altruista de subversión del orden constitucional y que, por lo tanto, el acuerdo para cometer las actividades delictivas de los paramilitares no podía ser, en ningún caso, catalogado como sedición sino como un concierto para delinquir agravado<sup>894</sup>. Por esto, los desmovilizados no podían acceder a los beneficios otorgados a los delincuentes políticos, es decir, no podían ser indultados para evadir el castigo<sup>895</sup>.

Así entonces, por más que Carlos Castaño se guiara por una suerte de proyecto ético-político, las altas Cortes entendieron que los paramilitares realmente no se orientaban, en cuanto contrarrevolucionarios, en el proyecto histórico dominante del establecimiento sociopolítico que dicen defender, por lo cual, aun en el contexto de un proceso de paz, desvirtuaron esa aseveración al entender que, subjetivamente, estaban desprovistos de tal interés<sup>896</sup>.

Por consiguiente, las Cortes cerraron cualquier posibilidad de entender a Castaño y a los paramilitares como delincuentes por convicción y, así, darles un tratamiento jurídico-penal acorde al ejercicio de su libertad de conciencia.

Con esto en mente, podemos, en este momento, tomar una postura respecto a los resultados que hemos evidenciado en cada caso de análisis. De ésta, sin embargo, ya se han dado vistazos a lo largo del análisis.

### **3. Toma de postura**

---

Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>894</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio del 2007. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

<sup>895</sup> Gonzalo Sánchez Gómez, *"Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?"*, Centro de memoria histórica, Bogotá, 2012, p. 461.

<sup>896</sup> Gonzalo Sánchez Gómez, *"Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?"*, Centro de memoria histórica, Bogotá, 2012, p. 465.



A lo largo del capítulo –y de la investigación– hemos visto que, en pocas palabras, cuando un nuevo malhechor, ante todo desarraigado, irrumpe en el plano social con una escala de valores nueva pero deformada y anormativa, resultante de un nivel ético-cultural distinto, sin importar el caso, se le ha buscado criminalizar tratándolo como enemigo sin comprender que puede haber un cuerpo normativo supra que obligue a respetar los dictados de conciencia<sup>897</sup>. Por consiguiente, hemos tratado de inquirir, en la medida de lo posible, cuál es su motivación, cuáles sus disposiciones íntimas y cuáles sus conceptualizaciones valorativas para saber por qué recurre a la delincuencia<sup>898</sup>.

Así, en este esquema planteado de reacción motivacional, resulta coherente afirmar que existen razones motivacionales que han alentado a distintas personas a delinquir por conflictos entre la ley y sus convicciones personales y que dichas confrontaciones han sido descartadas y clasificadas sin una comprensión compleja que permita su idóneo tratamiento<sup>899</sup>.

De las guerrillas sabemos que el mal radica en la estructura dirigente, en el sistema, en el Estado burgués como aparato de violencia y explotación para la preservación de la dominación de clase, de tal forma que, mientras no se altere ni se mude la estructura, habrá violencia<sup>900</sup>. Por ende, en esta aspiración, el comunismo y la revolución son programas perfectamente acordes<sup>901</sup>. El problema con esto es que durante la política de seguridad democrática se entendió que, con respecto a las guerrillas, se trataba de un problema de terrorismo, lo que dio pie a que se fortalecieran las Fuerzas Militares, se marginara cualquier intento de comunicación

---

<sup>897</sup> Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *“Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario”*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 84.

<sup>898</sup> Germán Guzmán Campos, Orlando Fals Borda & Eduardo Umaña Luna, *“La violencia en Colombia”*, t. II, Punto de lectura, Bogotá, 2010, p. 363.

<sup>899</sup> Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *“Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario”*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 80.

<sup>900</sup> Iván Orozco Abad, Derechos humanos, justicia transicional y bandas emergentes, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, p. 168.

<sup>901</sup> Germán Guzmán Campos, Orlando Fals Borda & Eduardo Umaña Luna, *“La violencia en Colombia”*, t. II, Punto de lectura, Bogotá, 2010, p. 306.

o de diálogo con los grupos alzados en armas y éstos sintieran liberación para desconocer un régimen que, en efecto, combaten y tratan de derrocar<sup>902</sup>.

Una vez finalizó el conflicto con las FARC, aunque por razones de política criminal y de justicia transicional, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-007 de 2018 (M.P.: Diana Fajardo Rivera)<sup>903</sup>, abrió la puerta para analizar, en Colombia, caso a caso, las posibles razones asociadas con el individuo que pueden ser invocadas para explicar estos comportamientos desviados y, así, determinar si la presión situacional pudo alterar gravemente la conciencia de los combatientes rebeldes y si esto es suficiente para expresarle una degradación en comportamientos desviados de distinta índole criminal<sup>904</sup>. Así, se creó la posibilidad de darle un tratamiento jurídico penal diferenciado a quienes, después del análisis correspondiente por medio del juez competente –en este caso la JEP, que no será analizada–, demuestran, entre otras cosas, obligatoriedad en sus acciones de acuerdo a sus convicciones personales.

Esto, como vimos, no se dio de la misma manera para los paramilitares, en cuanto a que el paramilitarismo, como fenómeno complejo y de difícil aproximación, aunque esté muy ligado a las prácticas depredadoras de los grupos guerrilleros y la impotencia del Estado para contenerlas –al punto que su dinámica está fuertemente imbuida de actitudes y propósitos contrainsurgentes–, las altas Cortes<sup>905</sup> entendieron que no tienen un proyecto político positivo propio más que tratar de impedir que la guerrilla tenga éxito en el desarrollo de su proyecto político-militar insurgente<sup>906</sup>, por lo que le fue cerrada la puerta a un eventual análisis motivacional derivado de

---

<sup>902</sup> Leonel Gustavo Cáceres Cáceres, *“Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario”*, Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 83.

<sup>903</sup> Colombia. Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-007 del 1 de marzo de 2018. M.P.: Diana Fajardo Rivera. Expediente RPZ-001. Revisión automática de la Ley 1820 de 2016 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales y otras disposiciones”.

<sup>904</sup> Vicente Torrijos Rivera & Juan David Abella Osorio, *“Las fuerzas militares y el paramilitarismo: las verdaderas dimensiones de un fenómeno conflictivo”*, Ibáñez, Bogotá, 2017, 61.

<sup>905</sup> La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-370 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández) y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 11 de julio del 2007 (M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca).

<sup>906</sup> Alfredo Rangel Suárez, *“El poder paramilitar”*, Planeta, Bogotá, 2005, p. 12.

las convicciones inherentes a su conciencia como si éstas sólo pudieran ser de carácter político.

Lo anterior debido a que, aunque en un principio el objetivo de Castaño era reunir a todos los ejércitos privados del país bajo un solo mando alrededor de una organización con un discurso ideológico contrainsurgente, políticamente unificada y con la disciplina necesaria para evitar su autodegradación y criminalización, los ejércitos privados estaban constituidos por intereses de índole local, en tanto se trataba de narcotraficantes, criminales, caciques políticos, nuevos terratenientes, negociantes, ex guerrilleros, ex militares y demás figuras de poder ascendente que aspiraban a montar un hegemonía armada sobre su comunidad<sup>907</sup>, lo que no tenía nada que ver con el proyecto de ejército nacional contrainsurgente.

Ahora bien, esto no significa que Castaño u otros paramilitares no pudiesen considerarse delincuentes por convicción, ya que, excluyendo actos de puro interés personal -que son igualmente desviación de normas sociales-, dada la complejidad de los actos y del conflicto en sí mismo, no se puede negar que este tipo de desviaciones también pueden ser explicadas a través de la lente de las razones motivacionales, pues, en una dirección puramente anti-subversiva, se destaca una idea abstracta de “enemigo” -estereotipado y deshumanizado- para explicar los actos trasgresores, invocándose una determinación de “debilitar al enemigo por todos los medios posibles” fomentada por la indefinición sobre lo que separa lo permitido de lo prohibido, en tanto hubo permisividad por parte de líderes y miembros influyentes de la unidad militar que toleraron y adelantaron conductas ilegales, dando la impresión, sin que existan algún tipo de orden superior explícita, de que el enemigo puede y debe ser objeto de violencia por todos los medios posibles<sup>908</sup>, con lo que, individualmente, pudo haber quienes consideraron permitidas sus acciones, amparadas en causas de justificación, para conseguir u objetivo evasivo para la sociedad colombiana como es la paz.

---

<sup>907</sup> Gustavo Duncan, *“Los señores de la guerra: De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia”*, Planeta, Bogotá, 2006, p. 297.

<sup>908</sup> Vicente Torrijos Rivera & Juan David Abella Osorio, *“Las fuerzas militares y el paramilitarismo: las verdaderas dimensiones de un fenómeno conflictivo”*, Ibáñez, Bogotá, 2017, 61.

Por lo anterior, aunque en virtud del criterio de proporcionalidad la pena debería ser la privación efectiva de la libertad por un tiempo significativo según los máximos posibles en el ordenamiento penal<sup>909</sup>, una fórmula que evalúe los grados de responsabilidad con base a la culpabilidad y a las necesidades preventivo generales de la pena, es decir, que tenga en cuenta la cláusula de inexigibilidad de la libertad de conciencia y las políticas criminales -como lo son, por ejemplo, las negociaciones de paz- para reducir el canon punitivo, resulta aplicable a determinados paramilitares y combatientes rebeldes, entre otros delincuentes, como lo es el Unabomber en Estados Unidos, pues no sólo es compatible con el ordenamiento jurídico y el marco internacional, sino que se deriva del mismo en tanto se está haciendo una interpretación de los preceptos legales existentes para darle solución a problemas jurídicos visibles en la realidad social y, de paso, cumplir con los fines del Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>909</sup> Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque & Nelson Camilo Sánchez León, *“Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada”*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2014, p. 24.

## **Conclusiones**

A partir de lo expuesto, pudimos ver que para enfrentar el problema jurídico se deben tener en cuenta diferentes factores que dificultan, puntalmente, el acercamiento a la solución del mismo, en tanto cualquier variable puede modificar el escenario. Por esta razón, como se dijo en repetidas oportunidades a lo largo del texto, elegimos una metodología de investigación en la que partimos de lo general para, a medida que descartábamos factores y centrábamos el objeto de estudio, llegar a lo particular, por lo que, para esto, tomamos diferentes decisiones sobre el camino para estructurar la solución de manera global y con un enfoque lógico y coherente.

Así entonces, iniciamos la investigación definiendo, como primer punto, los dictados de conciencia como el producto final de un proceso de consideración racional de las características moralmente relevantes de la situación o, en otras palabras, el deber moral y jurídico del individuo con relación a un determinado comportamiento que se considera obligatorio. De allí, logramos extraer que las convicciones son aquellas ideas o creencias que tienen fuerza superior trascendente en el entendimiento de la realidad por parte de la persona, de tal forma que, cuando se actúa sobre la base de las convicciones inherentes a la personalidad, se actúa, también, de acuerdo a esa instancia moral perteneciente a la esfera más íntima del individuo donde se originan una serie de conocimientos, decisiones, juicios e imperativos que informan la concepción individual del mundo y de las cosas y, por lo tanto, sus actitudes, sus valoraciones y sus opciones que aparecen traducidas en el comportamiento que el individuo desarrolla en sociedad.

Por esta razón, entendimos que, contrario a lo que se suele pensar, pues se tiende a restar importancia a las convicciones y a los imperativos de conciencia, el ejercicio libre de la conciencia concibe a las personas como individuos que, en principio, gozan de la facultad de elegir, de tener un sentido propio de justicia, de decidir sobre lo que es “bueno” o “malo” para ellos y de poder, en consecuencia, elaborar sus propios planes de vida y cobra vital importancia con respecto a la dignidad humana, por lo que no pueden -ni deben- ser instrumentalizadas para satisfacer las necesidades de otros. Así, la conciencia y su libertad abarcan un amplio espectro, por lo que de su protección depende la protección dinámica de otras libertades, como el pensamiento o el credo, lo que lleva a que requiera protección estricta a nivel constitucional.

Así, la libertad para comportarse de acuerdo a sus convicciones y para no ser obligado a contradecirlas, implica una cláusula de inexigibilidad determinante para el Derecho ya que, cuando existe un comportamiento exigido por el Derecho que es contrario a convicciones personales arraigadas, que son concebidas por el sujeto como parte de su propia identidad, la infidelidad a las mismas es vivida como una traición a sí mismo y como una desrealización personal.

Esto significa que la libertad de conciencia permite, al menos parcialmente, puesto que no es absoluta, el incumplimiento de obligaciones, dado que ésta opera, de manera prevalente, en los supuestos en los cuales el individuo se abstiene del cumplimiento de un mandato constitucional, legal, administrativo, judicial o contractual, invocando para ello reparos morales gravemente excepcionales que le impiden actuar conforme al derecho.

Ahora bien, cuando estos incumplimientos de obligaciones, que se han realizado con base en convicciones personales que han generado un deber concreto de actuar o de omitir en contra de normas sociales imperantes, vulneran, al llevarse a cabo, bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal iguales o mayores a la libertad de conciencia -por lo que se traducen en conductas de infracción de normas castigadas con penas-, tuvimos que definir si se trataban de delitos por convicción o delitos por motivos de conciencia.

En este debate concluimos que, más allá del entendimiento que se le dé a la obligatoriedad interna de la decisión, sea en una acción por convicción o una acción determinada por la conciencia, éstos no se distinguen pues, en uno y otro caso, el autor está íntimamente persuadido de la necesidad de su acción, la diferencia está en que la decisión a conciencia es el resultado del respeto a los principios prácticos que informan la elección universal, en el sentido de poder aceptar como propia la decisión que se ha tomado, mientras que la decisión por convicción la experimenta el sujeto como necesaria para alcanzar un determinado fin.

Así pues, la diferenciación entre ambas figuras, en últimas, se fundamenta en la diversidad de significaciones que cada figura pueda tener dentro de una teoría de los actos morales más que a través de una diferenciación de ámbitos temáticos, ya que la diferencia reside en que “sentirse obligado a actuar” es desde el punto de vista moral algo distinto de “tener la obligación de actuar”, dado que la primera expresión traduce la obediencia a imperativos que el sujeto voluntariamente acepta e interioriza mientras que la segunda refleja la autonomía de su decisión aunque con un carácter incondicionado que contiene en sí una coacción práctica y que, para convertirse en obligación moral, la máxima subjetiva tiene que ser universalizable sin contradicción. Esto, en otras palabras, significa que la decisión a conciencia es el resultado del respeto a los principios prácticos que informan la elección universal, en el sentido de poder aceptar como propia la decisión que se ha tomado; mientras que la decisión por convicción la experimenta el sujeto como necesaria para alcanzar un determinado fin y se siente legitimado por un fin altruista o por un orden de valores que lo sustenta pero no por una decisión moral en cuanto a que no estaría dispuesto a aplicarse a sí mismo la decisión que tomó.

De acuerdo a lo anterior, el delincuente por convicción es un sujeto que no se encuentra en un conflicto de conciencia sino que simplemente lo motiva la justicia material de su decisión, es decir, puede que se sienta obligado a delinquir para conseguir una finalidad específica pero no tiene una obligación perentoria derivada de la vivencia interna resultante de la contradicción entre lo bueno y lo malo que le pueda causar efectos en sí mismo, sino que, conociendo la prohibición por la norma, así como su antijuridicidad penal, y de manera consciente y voluntaria, decide no cumplir la prohibición porque ya internamente no la respeta ni comparte su fundamento o la valoración negativa en la que se basa, sino que está convencido de

lo contrario, que es correcto actuar así y cometer un delito o más delitos, graves incluso, para conseguir esos fines pretendidos en razón a su ideología.

Por consiguiente, dado que, por un lado, se tiene que reconocer un derecho a la conciencia discrepante, en cuanto a que el delincuente por convicción obedece a su propia conciencia, la cual discrepa con la valoración contenida en la norma; y, por el otro, se debe castigar su conducta por violar una norma jurídica al tenor de la máxima “el fin justifica los medios”, la pena, en sus fines, se tambalea hasta el punto de presentar más dudas que certezas.

Esto debido a que, en la sociedad actual, el panorama está dominado por una política criminal que se orienta a penas retributivas y autoritarias plagadas de excesos irracionales de lirismo racionalista y con todas sus incertidumbres teórico-cognoscitivas, lógicas y morales, lo cual supone un grave problema para definir el tratamiento jurídico penal aplicable a los delincuentes por convicción, dado que se trata de una concepción que impone una serie de valores morales, lo que la hace gravemente violatoria de derechos fundamentales.

Así, partiendo de que la pena es un mal a favor de la actuación de la justicia, el mantenimiento de la ley y de la voluntad general racional contra el ilícito y ésta sólo puede ser legítima cuando es acorde a Derecho, concluimos que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la pena debe ser final y racional -con una racionalidad dirigida a fines- y justa para el soberano del Derecho -de tal forma que no puede ser a favor de unas normas morales superiores para sí mismo pues haría imposible la coexistencia democrática de todos los grupos sociales-, la pena imponible a la criminalidad debe ser a través de la intimidación funcional o deontológica, con la que se anuncia frente a qué tipo de acción injusta se piensa reaccionar y que se está dispuesto a cumplir dicha conminación, llevando a que la persona se abstenga de cometer el delito, no por factores psicológicos referidos a motivos como temor, sino con relación a la categoría teórico-racionalista de las razones para actuar, pues intimidación significa dar a conocer razones referidas a la prudencia y no a la moral para no cometer hechos punibles. Por esto es que no es admisible, tampoco, por poner un ejemplo, acudir al concepto de la prevención general estabilizadora, integradora o positiva para exigir o permitir que la



prevención general añade la internalización valores o que la pura intimidación estatal prescinda de toda consideración del consenso social.

Por lo tanto, concluimos que, aun sabiendo que nunca va a haber, realmente, armonía entre intimidación y proporcionalidad, así como tampoco existe ya, en general, una armonía preestablecida entre adecuación a fines y justicia, lo cual puede solucionarse y complementarse con limitaciones deontológicas externas como el establecimiento de parámetros de convivencia social en paz, si la intimidación penal se ejerce dentro de los límites señalados en un Estado Social y Democrático de Derecho, como son la exclusiva protección de bienes jurídicos y los principios de proporcionalidad y culpabilidad, y se ofrecen razones para comportarse de acuerdo a Derecho, no la imposición de ideas internas, entonces la prevención general se presentará necesariamente como correcta intimidación estabilizadora o funcional.

Esto significa que la pena se orienta hacia el futuro y su fin es prevenir aquellas conductas que alteren la convivencia social, para, de este modo, contribuir al mantenimiento de la paz en la comunidad, que, a diferencia del carácter absoluto de la justicia, es algo determinado históricamente y, por tanto, relativo; de ahí su calificación como tales.

Lo anterior es perfectamente compatible con el delincuente por convicción pues éste, como se mencionó en el texto, sí puede ser intimidado por la pena puesto que, psicológica y fácticamente, sí es susceptible de sentir temor ante la amenaza de cumplimiento de la pena, además de que, con su sanción, se envía, también, un mensaje para que ningún tercero pueda eludir las razones prudenciales que se oponen a la comisión del delito.

Ahora bien, una vez se llegó a esa conclusión y se definió que, contrario a lo que decía Radbruch, el problema en el tratamiento jurídico-penal de la delincuencia por convicción no está en los fines de la pena formalmente, tuvimos que enfrentarnos a los debates que enmarcan la definición de la culpabilidad y, en éste, basándonos en la propuesta de Maurach de encontrar un criterio de atribución personal del acto que pueda abarcar la responsabilidad del autor en la culpabilidad, la pena y las medidas de seguridad y de corrección independientes de la culpabilidad, llegamos al concepto de atribuibilidad, que se usó, entre otras, para reorganizar la tercera

categoría de la teoría del delito de manera que se tengan en cuenta las circunstancias que provienen de la vinculación social general de toda persona y los elementos que se refieren a la capacidad concreta de responsabilidad de cada individuo.

Esto significa que, partiendo de una fórmula sencilla basada en el acceso y el entendimiento a la norma, donde la culpabilidad debe un limitante de la pena basado en la capacidad de motivabilidad del sujeto en contextos de normalidad psicológica ante la pena, la atribuibilidad, debería dividirse en dos escalones: i) la culpabilidad como capacidad para reaccionar frente a exigencias normativas, es decir, que le sean psíquicamente accesibles al sujeto posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la llamada de la norma, lo cual es una condición indispensable de la imposición de penas; y ii) las necesidades preventivo generales. Por ende, versa sobre la concurrencia de los requisitos del reproche de culpabilidad y, también, sobre la concurrencia de los requisitos jurídico-penales, de tal forma que cualquier alteración esencial de esa facultad de motivarse en los postulados de la pena –necesidad preventiva de sanción-, ya sea de origen social, psicológico, político o económico, deberá determinar la exclusión o, si alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución.

Con todo, basados en el modelo teleológico-político criminal de Roxin, se limita la reivindicación elemental de los fines de la pena a la hora de construir teóricamente los presupuestos de la punibilidad para construir un sistema penal orientado a las consecuencias en el que se incorporen criterios axiológicos. Así, se logra fundamentar el recurso de la pena, que supone entender una construcción teórica integrada en la orientación teleológica preventiva propia de todo el sistema penal democrático, sin necesidad de disociar la culpabilidad de los fines de la pena o de separarla de la responsabilidad, que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho.

Posteriormente, luego de definir el tercer estadio de la responsabilidad penal, atamos esta atribuibilidad a la cláusula de inexigibilidad que lleva consigo la libertad de conciencia, en tanto establece que el sujeto no está obligado a actuar en contra de sus convicciones, para fundamentar un supuesto de excepción personal al deber general en el caso concreto, es decir, una causa de influencia supralegal, bien excluyente, bien atenuatoria, sobre la atribuibilidad de las personas para conectar la

dogmática jurídico-penal con una perspectiva de índole político-criminal y así dar un paso hacia una visión más realista de la problemática de la actuación por convicción a efectos de mantener el orden social pacífico, puesto que permite acercarse al grado de aceptación con que la sociedad puede recibir las diversas soluciones legales o doctrinales con las que afronte la problemática de la desobediencia del Derecho.

Esta causa supralegal la estructuramos a partir de que la consolidación de los motivos de conciencia y la finalidad de preservar un bien jurídico penalmente protegido para dotarla de suficiente concreción vinculada al derecho fundamental a la libertad de conciencia y al principio constitucional de necesidad de las penas.

Así, para los delincuentes por motivos de conciencia, quienes presentan una doble disminución en el desvalor de acción, respecto a la comprensión de la norma pese haber conocimiento, y en el desvalor de resultado, en cuanto se evita la autodestrucción de su personalidad, se justifica, con contundencia, la exclusión de su responsabilidad penal.

Sin embargo, para el tratamiento del autor por convicción con motivaciones morales, por sus diferencias con el autor por motivos de conciencia, en tanto no existe un conflicto de conciencia profundo que, de no solucionarse, pueda presentar daños a la salud mental del sujeto, pues no concurre una necesidad extrema de conciencia y actúa en virtud de una conciencia del deber basada en planteamientos ideológicos aunque no llegue al punto de suponer una presión interna insoportable, presentamos una fórmula basada en Ebert, con las siguientes condiciones:

- i) Que se haga un examen crítico de la propia actuación y convicción del individuo, con el objeto de averiguar si el objetivo por él perseguido podía también conseguirse sin la perturbación del orden jurídico y, aun en caso de una respuesta negativa, si desde la misma conciencia del sujeto resultaba tolerable el perjuicio ocasionado con su comportamiento en otras personas o en la seguridad jurídica general.
- ii) Que se valore la motivación del autor dentro del orden fundamental liberal y democrático como objetivo de su acción, en tanto el altruismo que

impulsa a muchos delincuentes por convicción aparece contrarrestado por la pretensión de acabar con el orden democrático pero tiene por misión el favorecimiento de la libertad, la justicia y el bien de la comunidad.

Así entonces, parecía ser posible conceder un tratamiento atenuatorio, con una serie de limitaciones, al autor por convicción sobre la base de una concepción ético-social de la culpabilidad, admitiendo una disminución de ésta en aquellos autores cuyo hecho merece un respeto desde el punto de vista de los propios valores éticos materializados en el orden jurídico –el delincuente ha tomado una opción contraria a derecho de modo reprochable, pero con la pretensión de salvaguardar unos valores que también son reconocidos por el Derecho-, dando lugar, así, a una exigibilidad atenuada.

Entendido lo anterior, cuando la actuación presenta un conflicto de conciencia extremo y se dan determinadas circunstancias adicionales, ésta puede ser normativamente comprensible, de tal forma que la responsabilidad penal puede ser excluida por inexigibilidad penal subjetiva como concreta causa supralegal de inexigibilidad, mientras que, si no hay un conflicto extremo sino que las razones de conciencia ejercen solamente una considerable presión motivacional al sujeto para no respetar la norma, como en los casos de delincuencia por convicción, solamente habrá exigibilidad penal individual disminuida y por ello responsabilidad penal parcial.

Así, basados en un principio de justicia, una exigencia del Estado democrático, que hoy implica una superación del ideal clásico y liberal de la justicia como “trato igual para todos” por una nueva concepción de ésta como “tratamiento desigual de los desiguales” y valiéndonos de la concepción del Derecho Penal mínimo, en virtud de la cual el Derecho Penal aparecerá legitimado tan sólo en la medida en que contribuya a minimizar la violencia existente en la sociedad, concluimos que, en el caso de los autores por convicción, donde no puede hablarse de una exculpación plena, dependiendo del contexto, se puede disminuir la atribuibilidad y, así mismo, la pena mediante una causa fáctica de inexigibilidad, en el sentido de que el ordenamiento jurídico, pese a la existencia de culpabilidad, le otorga indulgencia al autor.

Entendido lo anterior, una vez se buscó su aplicación en el contexto colombiano, se eligió trabajar con los actores del conflicto armado por la importancia de los mismos en la historia del país y, en este ejercicio, en primer lugar, se definió que, en Colombia, desde un plano netamente académico, más que terroristas tenemos, por un lado, grupos de guerrilleros que, en su rol de combatientes irregulares, buscan llegar a conformar unidades tácticas grandes y concentradas y que aspiran, con ello, a convertirse -dentro de una estrategia de guerra popular prolongada- en la vanguardia de la insurrección popular para la toma de poder y, por otro, una expresión de un contraterror paraestatal para penetrar en territorios previamente ocupados por las guerrillas, pues los terroristas serían algo completamente opuesto en cuanto a que no cuentan con el apoyo logístico ni político de la población civil ni pretenden liberar un territorio aunque sea mediante fuerzas irregulares.

Con respecto a las FARC vimos que reconocían los límites de conciencia humana respecto de la confrontación debido a que, aunque reconocen la gravedad de muchos de sus actos, ven la realización de éstos como un medio necesario y obligatorio para lograr el cambio social que consideran –o consideraban- necesario, ante la imposibilidad de acceder a esto mediante medios lícitos, con lo que se cumple el primer requisito en el esquema de reconocimiento de las convicciones en la atenuación de la atribuibilidad a partir de la causa de exclusión supralegal.

Adicionalmente, con respecto al segundo requisito, dado que las FARC nacieron de manera reactiva contra un régimen estatal que era manifiestamente aplastante con la oposición, es posible que, al menos en el inicio de este grupo armado, hubiesen enfrentado fallos de conciencia contra el orden jurídico por considerarlo injusto, de tal forma que, después de una lucha de conciencia, hayan decidido que el orden adoptado es el orden verdadero y auténticamente obligatorio y no aquel que presenta el derecho positivo, por lo que habría un conflicto de conciencia individual con el mandato de Derecho, pues chocan dos exigencias de validez y de obligatoriedad opuestas.

Por ende, desde el plano abstracto, concluimos que, analizados todos los aspectos relevantes en los casos de delincuencia por convicción, un juez penal estaría en la capacidad de conceder una reducción punitiva parcial acorde a la causa supralegal

derivada de la cláusula de inexigibilidad de la libertad de conciencia cuando el delincuente sea un combatiente rebelde, quien puede creer que la norma es un injusto legal y que, por tanto, carece de fuerza obligatoria. Lo cual fue soportado, nuevamente en abstracto, por la Corte Constitucional cuando encontró factible darles a los guerrilleros un tratamiento diferenciado de acuerdo a la motivación altruista del agente que está destinada a lograr cambios sociales profundos.

Esto no se dio de la misma manera para los paramilitares, en cuanto a que las altas Cortes entendieron que no tienen un proyecto político positivo propio más que tratar de impedir que la guerrilla tenga éxito en el desarrollo de su proyecto político-militar insurgente, en tanto se trataba de ejércitos privados constituidos por intereses de índole local -narcotraficantes, caciques políticos, nuevos terratenientes, negociantes, ex guerrilleros, ex militares y demás figuras de poder ascendente que aspiraban a montar un hegemonía armada sobre su comunidad-, lo que no tenía nada que ver con el proyecto de ejército nacional contrainsurgente por lo que no merecían ser tenidos en cuenta para un eventual análisis motivacional derivado de las convicciones inherentes a su conciencia.

No obstante lo anterior, si se analiza caso por caso, pudo haber paramilitares que sí tuvieran convicciones demarcadas, ya que, excluyendo actos de puro interés personal -que son igualmente desviación de normas sociales-, en una dirección puramente anti-subversiva, se destaca una idea abstracta de “enemigo” -estereotipado y deshumanizado- para explicar los actos trasgresores, invocándose una determinación de “debilitar al enemigo por todos los medios posibles” fomentada por la indefinición sobre lo que separa lo permitido de lo prohibido, en tanto hubo permisividad por parte de líderes y miembros influyentes de la unidad militar que toleraron y adelantaron conductas ilegales, dando la impresión, sin que existan algún tipo de orden superior explícita, de que el enemigo puede y debe ser objeto de violencia por todos los medios posibles.

Así, volviendo a los requisitos planteados para conceder la causa supralegal de inexigibilidad, se trata de: i) una forma de llevar a cabo algo que consideran -de manera subjetiva y personal- que no se puede realizar mediante medios lícitos, pues se consideraba que el Estado había fracasado de manera radical en la lucha contra la subversión; y ii) se enfatizaba el componente de lograr la paz eliminando la amenaza

estatal. Ahora bien, es claro que estos requisitos planteados, dado que son aspectos netamente individuales que, desde la óptica de un tercero, son virtualmente imposibles de percibir y de comprobar, tratar de proponer y de establecer, de manera objetiva, métodos de prueba que sean aplicables en la práctica jurídica ante un estrado judicial son lo contrario a universalizables y, en ese sentido, quedan al arbitrio, como prácticamente todo el ejercicio probatorio en el proceso penal, de las partes litigantes, su recursividad, creatividad y estrategia.

Por consiguiente, aunque en virtud del criterio de proporcionalidad la pena debería ser la privación efectiva de la libertad por un tiempo significativo según los máximos posibles en el ordenamiento penal, una fórmula que evalúe los grados de responsabilidad con base a la culpabilidad y a las necesidades preventivo generales de la pena, es decir, que tenga en cuenta la cláusula de inexigibilidad de la libertad de conciencia y las políticas criminales -como lo son, por ejemplo, las negociaciones de paz- para parcialmente reducir el canon punitivo, resulta aplicable a determinados paramilitares y combatientes rebeldes, entre otros delincuentes, pues no sólo es compatible con el ordenamiento jurídico y el marco internacional, sino que se deriva del mismo y se asegura de garantizar que el Estado cumpla sus obligaciones de investigar, juzgar y sancionar el delito y protega los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación sin desconocer las garantías fundamentales de los procesados.

Esto, adicionalmente, implicaría reconocer un cierto derecho a la conciencia discrepante, en cuanto a que el delincuente por convicción obedece a su propia conciencia, la cual discrepa con la valoración contenida en la norma, con lo que la culpabilidad como límite máximo de la pena no implicaría una pérdida de eficacia preventivo general pues produce un efecto integrador y el límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad puede ser rebajado, incluso hasta la no ejecución de la pena, por razones de prevención, sin que sufra merma la prevención de integración en ciertos casos.

No obstante, debe advertirse, nuevamente, que debe hacerse todo en un análisis aplicado a cada caso pues esta solución difícilmente puede ser defendida con pretensiones de cierta generalidad, en tanto la reiteración en la aplicación efectiva del Derecho Penal tenderá a limitar las ocasiones en que quepa razonablemente la

invocación de la causal ante hechos que ya dejen de constituir fenómenos nuevos.

A partir de una solución de este modo, donde se busca la objetividad total, sin oposiciones a valores ni principios ajenos y, en cambio, la protección absoluta de los mismos en un país diverso socio-culturalmente como Colombia, donde vivimos enfrentados día a día en razón a nuestras convicciones personales y hemos vivido años de conflicto entre lo que está “bien” -o lo que es lo mismo, lo “correcto”- y lo que está “mal” -o lo “incorrecto”-, podemos darle un tratamiento jurídico penal adecuado a los fines del Estado Social y Democrático de Derecho a aquellos disidentes del régimen moral, ético y religioso mayoritario sin descuidar las obligaciones del Estado en materia de la investigación, el juzgamiento y la sanción de conductas que atentan contra los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento. Es una solución que no se busca mediante la innovación legislativa sino que está presente hoy en día con los preceptos legales adoptados en Colombia. Es una solución que pueden aplicar los jueces de la República sin necesidad de la creación de tribunales especiales ni la flexibilización de principios rectores del Derecho. Es una solución que nos vendrá muy útil en el actual y futuro juzgamiento de los militantes del ELN y tantas otras personas que delinquen en razón de sus creencias más personales y de un conflicto de conciencia que nunca llegaremos a entender del todo. Es una solución aplicable a las dudas que hay, desde los fines de la pena y la relación de la misma con la culpabilidad en esa fase de accesibilidad normativa, respecto al tratamiento jurídico penal de los delincuentes por convicción.

## **Bibliografía**

### **Doctrina:**

Agudo Fernández, Enrique, Jaén Vallejo, Manuel & Perrino Pérez, Ángel Luis, *“Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito”*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.



Aguilera Peña, Mario, Justicia guerrillera y población civil, 1964-1999, En: Santos, B De S. & García Villegas, M., *"El caleidoscopio de las justicias en Colombia"*, t. II, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2001.

Ángel Cabo, Natalia, El concepto de libertad y libre desarrollo de la personalidad, En: Alviar García, H., Lemaitre Ripoll, J. & Perafán Liévano, B., *"Constitución y democracia en movimiento"*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2015.

Ángel de Echeverri, Doris, Prólogo a Echeverri Correa, H., *"Pinceladas y brochazos presidenciales: de Caro 1892 a Uribe 2006"*, Bogotá, Carrera 7ª, 2006.

Aponte Cardona, Alejandro, ¿Es posible la superación de un pasado conflictivo a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del Derecho penal en situaciones de transición jurídico-política, En: Posada Maya, R., *"Delito político, terrorismo y temas de Derecho Penal"*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2010.

Aponte Cardona, Alejandro, *"Guerra y Derecho Penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo"*, Bogotá, Ibáñez, 2009.

Aranguren Molina, Mauricio, *"Mi confesión: Revelaciones de un criminal de guerra"*, Bogotá, Sepha, 2006.

Arango, Carlos, *"FARC: Veinte años. De Marquetalia a La Uribe"*, 1984, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/FARC-20-a%C3%B1os-marquetalia-uribe.pdf> [consultado el 18 de junio de 2018].

Arango Rivadeneira, Rodolfo, Los paramilitares y lo no negociable: Las emociones y los límites de la racionalidad, En: *"Análisis Político"*, v. 19, n. 56, 2006.

Arenas, Jaime, *"ELN: La guerrilla por dentro"*, Ícono, Bogotá, 2009.

Armenta Deu, Teresa, *"Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España"*, Barcelona, PPU, 1991.

Baratta, Alessandro, Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, En: *“Cuadernos de política criminal”*, n. 24, 1984.

Barbosa Castillo, Gerardo, Error de prohibición, En: Bernal Cuellar, J., *“Lecciones de Derecho Penal: Parte General”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

Baucells I Lladós, Joan, *“La delincuencia por convicción”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

Beck, Ulrich, *“Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”*, Traducido por: J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998.

Benavides Vanegas, Farid, Política Criminal y Constitución, En: Velásquez Velásquez, F. & Vargas Lozano, R., *“Derecho Penal y Constitución”*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

Beneyto, José María, Comentario al artículo 16 de la Constitución española, En: Oscar Alzaga Villaamil, *“Comentarios a la Constitución Española de 1978”*, Madrid, Edersa, 1996.

Beneyto, José María, Libertad ideológica y religiosa, En: Alzaga Villaamil, O., *“Comentarios a las leyes políticas”*, t. II, 1978.

Bordas Martínez, Julio, *“El terrorismo Yihadista en la sociedad calidoscópica: Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI”*, Madrid, Edisofer, 2006.

Bottke, Wilfried, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, Traducido por: G. Benlloch Petit, En: Silva Sánchez, J. M., *“Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin”*, Barcelona, Bosch, 1997.

Bustos Ramírez, Juan, *“Control social y sistema penal”*, Barcelona, PPU, 1987.

Bustos Ramírez, Juan, Introducción a los aspectos filosófico-jurídicos, En: *“Poder y Control: Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social”*, n. 0-1986, Barcelona, PPU, 1986.

Bustos Ramírez, Juan, *“Introducción al Derecho Penal”*, Bogotá, Temis, 1986.

Cáceres Cáceres, Leonel Gustavo, *“Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario”*, Ibáñez, Bogotá, 2016.

Cadavid Londoño, Paula, *“Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencial”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2013.

Cadavid Quintero, Alfonso, Constitución y teoría del delito, En: Velásquez Velásquez, F. & Vargas Lozano, R., *“Derecho Penal y Constitución”*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

Canaval Larenas, Henry, Fuenzalida Retamal, Valeria & Muci Garcés, Jorge, *“Terrorismo islámico, delincuencia por convicción política y Derecho penal del enemigo”*, Santiago, Universidad de Chile, 2007.

Cancio Meliá, Manuel, Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal Español, En: Posada Maya, R., *“Delito político, terrorismo y temas de Derecho Penal”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2010.

Carducci, Michele, El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad, En: Cornacchia, L. & Sánchez-Ostiz, P., *“Multiculturalismo y Derecho Penal”*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

Castaño, Carlos, *“Colombia Siglo XXI: Las Autodefensas y la paz”*, Colombia Libre, Bogotá, 1999.

Castrellón, Mariana, La objeción de conciencia al servicio militar en Colombia: Análisis de la sentencia C-728 de 2009 y de sus efectos frente a los objetores de conciencia, En: Iturralde Sánchez, M., *“La objeción de conciencia como un derecho: estrategia jurídica para su reconocimiento frente al servicio militar”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2014.

Castro Cuenca, Carlos Guillermo, *"Manual de Teoría del Delito"*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2017.

Cavan, Ruth Shonle, Underworld, Conventional and Ideological Crime, En: *"Journal of Criminal Law and Criminology"*, vol. 55, Issue 2 June, 1964.

Chase, Alston, *"A mind for murder: The education of the Unabomber and the origins of modern terrorism"*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2003.

Clancy, Tom, *"Juego de patriotas"*, Barcelona, Plaza & Janes, 1989.

Córdoba, Fernando Jorge, La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad, En: Lascano, C. J., *"Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin"*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001.

Córdoba Angulo, Miguel, Culpabilidad, En: Bernal Cuellar, J., *"Lecciones de Derecho Penal: Parte General"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

Da Silva Dias, Augusto Epifanio, *"Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência"*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986.

Dammert, Lucía & Salazar, Felipe, *"¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina"*, Santiago, Flacso, 2009.

Daunis Rodríguez, Alberto, Seguridad, Derechos Humanos y Garantías penales: ¿Objetivos comunes o aspiraciones Contrapuestas?, En: Berdugo Gómez de la Torre, I. & Sanz Mulas, N., *"Derecho Penal de la democracia vs. Seguridad Pública"*, Granada, Comares, 2005.

Daza González, Alfonso, *"La pena alternativa en la Ley de Justicia y Paz"*, Ibáñez, Bogotá, 2016.

Daza Lora, Juan Felipe, *"Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?"*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2017.

Daza Lora, Juan Felipe, El deber de conocer el riesgo: ¿Un aspecto de la previsibilidad o de la vencibilidad?, En: Posada Maya, R., Velásquez Velásquez, F. & Correa Flórez, C., *“Estudios críticos de jurisprudencia”*, v. 6, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2018.

De Asís Roig, Rafael, Libertad ideológica y objeción de conciencia, En: Garrido Gómez, M. I. & Barranco Avilés, M. Del C., *“Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en Derecho y educación”*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2011.

De Figueiredo Dias, Jorge, *“Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss”*, Festschrift für Roxin, 2001.

De Maglie, Cristina, *“Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales”*, Traducido por: V. M. Macías Caro, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Demetrio Crespo, Eduardo, *“Culpabilidad y fines de la pena: Con especial referencia al pensamiento de Roxin”*, Lima, Grijley, 2008.

Díaz y García Conlledo, Miguel, Prólogo a Jericó Ojer, L., *“El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal”*, Madrid, La ley, 2007.

Douglas, John & Olshaker, Mark, *“Unabomber: On the trail of America’s most-wanted serial killer”*, Pocket Books, Nueva York, 1996.

Duncan, Gustavo, *“Los señores de la guerra: De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia”*, Planeta, Bogotá, 2006.

Ebert, Udo, *“Der überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung”*, Berlín, 1975.

Estévez Araujo, José Antonio, *“La constitución como proceso y la desobediencia civil”*, Madrid, Trotta, 1994.

Fakhouri Gómez, Yamila, Luces y sombras de la regulación antiterrorista colombiana, En: Velásquez Velásquez, F. et al., *“Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur”*, T. 2, Bogotá, Ibáñez, 2013.

Fernández, Gonzalo, La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad, En: Frank, R., *“Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”*, Traducido por: G. E. Aboso & T. Löw, B de F, Buenos Aires, 2000.

Fernández Carrasquilla, Juan, Culpabilidad y libertad de voluntad, En: Velásquez Velásquez, F., et al., *“Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur”*, T. 1, Bogotá, Ibáñez, 2013.

Fernández García, Julio, Los delitos de terrorismo, su financiación y consecuencias jurídicas, En: Sanz Mulas, N., *“El Derecho Penal y la nueva sociedad”*, Granada, Comares, 2007.

Ferrajoli, Luigi, *“Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal”*, Madrid, Trotta, 2000.

Flávio Gomes, Luiz, Infracciones de bagatela y principio de insignificancia, En: José Luis Guzmán Dálbora & Alfonso Serrano Maíllo, *“Derecho Penal y criminología como fundamentación de la política criminal: Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez”*, Madrid, Dykinson, 2006.

Fletcher, George, *“Gramática del Derecho Penal”*, traducido por: F. Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

Frank, Reinhard, *“Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”*, Traducido por: G. E. Aboso & T. Löw, B de F, Buenos Aires, 2000.

Gaete González, Eugenio, *“La extradición ante la doctrina y la jurisprudencia, 1935-1965”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1972.

García Marzá, Domingo, *Naturaleza y justificación de la desobediencia civil*, En: Xabier Etxeberria, *"Enfoques de la desobediencia civil"*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.

García Rivas, Nicolás, *"El poder punitivo en el Estado democrático"*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

Garland, David, *"La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea"*, Barcelona, Gedisa, 2005.

Gimbernát Ordeig, Enrique, *"Estudios de Derecho Penal"*, Madrid, Tecnos, 1990.

Gómez Benítez, José Manuel, *Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia*, En: *"Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho"*, 1993.

Gómez Benítez, José Manuel, *"Estudios Penales"*, Madrid, Colex, 2001.

Gómez Isa, Felipe, *"Colombia en su laberinto: Una mirada al conflicto"*, Catarata, Madrid, 2008.

Greco, Luís, *"Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal"*, Traducido por: P. Dropulich y J. R. Béguelin, Madrid, Marcial Pons, 2015.

Greffenius, Gunter, *"Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot"*, Hamburgo, Kriminalistik Verl, 1969.

Guzmán Campos, Germán, Fals Borda, Orlando & Umaña Luna, Eduardo, *"La violencia en Colombia"*, t. I y t. II, Punto de lectura, Bogotá, 2010.

Guzmán Campos, Germán, *"Camilo: El cura guerrillero"*, Universidad INCCA de Colombia, Bogotá, 1967.

Guzmán Mendoza, Carlos Enrique, Seguridad ciudadana y derechos humanos: ¿Paradigma de la acción pública de los gobiernos locales?, En: Bernal Crespo, J. S. & Guzmán Mendoza, C. E., *“Los derechos humanos: una mirada transdisciplinar”*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2014.

Hassemer, Winfried, Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social, traducido por: M. T. Castiñeira, En: Mir Puig, S., *“Derecho Penal y Ciencias Sociales”*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

Hassemer, Winfried, Prevención en el Derecho Penal, Traducido por: J. Bustos Ramírez, En: *“Poder y Control: Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social”*, n. 0-1986, Barcelona, PPU, 1986.

Hassemer, Winfried & Muñoz Conde, Francisco, *“Introducción a la criminología”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

Heinitz, Ernst, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, En: *“ZStW”*, 78-1966, Berlín, Walter de Gruyter & co., 1966.

Hirsch, Hans Joachim, Derecho penal y autor por convicción, Traducido por: P. Laurenzo Copello, En: *“Obras Completas”*, vol. 3, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

Iturralde Sánchez, Manuel, *“La objeción de conciencia como un derecho: estrategia jurídica para su reconocimiento frente al servicio militar”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2014.

Jakobs, Günther, *“Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”*, Traducido por: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Jericó Ojer, Leticia, *“El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal”*, Madrid, La ley, 2007.



Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas, *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.

Jiménez de Asúa, Luis, *“Tratado de Derecho Penal”*, t. III, Buenos Aires, Losada, 1977.

Kaczynski, Theodore John, *“Industrial Society and its Future: The Manifesto”*, Pub House Books, 2018 [Originalmente publicado en The New York Times y The Washington Post el 19 de septiembre de 1995 bajo el seudónimo de “Freedom Club”].

Kindhäuser, Urs & Mañalich, Juan Pablo, *“Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de Derecho”*, Montevideo, B de F, 2011.

Kindhäuser, Urs, Retribución de la culpabilidad y prevención en el estado democrático de Derecho, Traducido por: N. Pastor Muñoz, En: Cancio Meliá, M. & Gómez-Jara Díez, V., *“Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión”*, v. 2, Madrid, Edisofer, 2006.

Lang-Hinrichsen, Dietrich, *“Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform”*, en J.Z., 1966, p. 161.

Leal Buitrago, Francisco, Militares y paramilitares en Colombia, En: Restrepo, E. M. & Bagley, B., *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011.

Librado Castillo, Humberto, *“Caracterización de los estudios del paramilitarismo en Colombia”*, Universidad la Gran Colombia, Bogotá, 2012.

Llamazares Fernández, Dionisio, *“Derecho de la libertad de conciencia I: conciencia, tolerancia y laicidad”*, Navarra, Aranzadi, 2011.

Luzón Peña, Diego-Manuel, Actuación de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, En: Velásquez Velásquez, F., et al., *“Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur”*, t. I, Bogotá, Ibáñez, 2013, p. 597.

Luzón Peña, Diego-Manuel, *“Derecho Penal: Parte General”*, B de F, Buenos Aires, 2016.

Luzón Peña, Diego-Manuel, Prevención general y psicoanálisis, En: Mir Puig, S., *“Derecho Penal y Ciencias Sociales”*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

Madrid-Malo Garizabal, Mario, *“El derecho a la objeción de conciencia”*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2003.

Martin, Gus & Kushner, Harvey, *“The SAGE Encyclopedia of Terrorism”*, v. 2, SAGE Publications, Thousand Oaks, 2011.

Martínez Bretones, María Virginia, *“Gustav Radbruch: Vida y obra”*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

Martínez Uribe, Nicolás, *“De la desobediencia civil”*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1990.

Mateo Ayala, Eladio José, *“La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho Penal comparado”*, Madrid, Editorial Dykinson, 2007.

Maurach, Reinhart, *“Tratado de Derecho Penal”*, Traducido por: J. Córdoba Roda, T. II, Ariel, Barcelona, 1962.

Maurach, Reinhart & Zipf, Heinz, *“Derecho Penal: Parte General”*, Traducido por: J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994.

Medina Gallego, Carlos & Téllez Ardila, Mireya, *“Violencia parainstitucional, paramilitar y parapolicial en Colombia”*, Rodríguez Quito, Bogotá, 1994.

Mello, Michael, *“The United States of America VS Theodore John Kaczynski: Ethics, Power and the Invention of the Unabomber”*, Context Books, Nueva York, 1999.

Middendorff, Wolf, *“Sociología del delito”*, Traducido por: J. M. Rodríguez Devesa, Olejnik, Santiago, 2018.

Mir Puig, Santiago, *“Derecho Penal: Parte General”*, Reppertor, Barcelona, 2008.

Mir Puig, Santiago, *“Derecho Penal y Ciencias Sociales”*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

Mir Puig, Santiago, *“El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, Barcelona, Ariel, 1994.

Mir Puig, Santiago, *Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva*, En: *“Poder y Control: Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social”*, n. 0-1986, Barcelona, PPU, 1986.

Mir Puig, Santiago, *“Introducción a las bases del Derecho Penal”*, Barcelona, Bosch, 1976.

Modesto Escobar, Rafael, *“Comentario a Ulrich Beck: La sociedad del riesgo global”*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

Molina López, Ricardo, *“La conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana”*, Bogotá, Ibañez, 2012.

Monteleone, Romina, *El autor por convicción y su relevancia en el Derecho Penal de principios de siglo XXI*, En: *“Âmbito Jurídico”*, VIII, n. 22, 2005. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=453](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=453) [Consultado por última vez el 1 de febrero de 2017].

Moreno Gordillo, Ernesto, *“El conflicto armado interno en Colombia”*, Ediciones SEM, Bogotá, 2008.

Muñoz Conde, Francisco, *“El error en Derecho penal: Alternativas”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989.

Muñoz Conde, Francisco, *“Introducción al Derecho Penal”*, Barcelona, Bosch, 1975.

Muñoz Conde, Francisco, Introducción, En: Roxin, C., *“Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal”*, Reus, Madrid, 1981.

Muñoz Conde, Francisco, La objeción de conciencia en Derecho Penal, En: Silva Sánchez, J. M., *“Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin”*, Barcelona, Bosch, 1997.

Muñoz Conde, Francisco, La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, En: *“Cuadernos de Política Criminal”*, n. 7, 1979.

Nagler, Johannes, Der Überzeugungsverbrecher, En: *“Der Gerichtssaal”*, Bd. 94, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Ente, 1927.

Navarro, Fernando, *“Desobediencia civil y sociedad democrática”*, Murcia, Myrtia, 1990.

Nemogá, Gabriel Ricardo, “Contexto histórico, social y político de la justicia”, En: Santos, B. De S. & García Villegas, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2001.

Noll, Peter, Der Überzeugunstäter im Strafrecht. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Gustav Radbruchs rechtsphilosophischem Relativismus, En: *“ZStW”*, 78-1966, Berlín, Walter de Gruyter & co., 1966.

Orozco Abad, Iván, *“Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y Derecho en Colombia”*, Temis, Bogotá, 1992.

Orozco Abad, Iván, Derechos humanos, justicia transicional y bandas emergentes, En: Elvira María Restrepo & Bruce Bagley, *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011.

Packer, Herbert, *“The Limits of the Criminal Sanction”*, Stanford University Press, Stanford, 1968.

Pardo Rueda, Rafael, *"La historia de las guerras"*, Zeta, Bogotá, 2008.

Pardo Rueda, Rafael, Prólogo a Cáceres Cáceres, Leonel Gustavo, *"Violencia política y justicia transicional desde el Derecho Internacional Humanitario"*, Ibáñez, Bogotá, 2016.

Pardo Schlesinger, Cristina, La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, En: *"Persona y bioética"*, v. 10, n. 1, 2006.

Pérez del Valle, Carlos, *"Conciencia y Derecho Penal: Límites a la eficacia del Derecho Penal en comportamientos de conciencia"*, Granada, Comares, 1994.

Pérez del Valle, Carlos, *"Estudios sobre los fundamentos de Derecho Penal"*, Madrid, Dykinson, 2006.

Pérez Manzano, Mercedes, Aportaciones de la prevención general positiva, En: Silva Sánchez, J. M., *"Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin"*, Barcelona, Bosch, 1997.

Pérez Manzano, Mercedes, *"Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena"*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

Pérez Manzano, Mercedes, El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal, En: Demetrio Crespo, E. & Maroto Calatayud, M., *"Neurociencias y Derecho Penal"*, Madrid, Edisofer, 2013.

Peters, Karl, *"Überzeugungstäter und Gewissenstäter"*, Festschrift für H. Mayer, 1966.

Pizarro Leongómez, Eduardo, Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?, En: Wills, M. E. & Sánchez Gómez, G., *"Nuestra guerra sin nombre: Transformaciones del conflicto en Colombia"*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.

Pizarro Leongómez, Eduardo, *“Una democracia asediada: Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia”*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2004.

Posada Maya, Ricardo, Aproximación al concepto jurídico del delito político, En: Posada Maya, R., *“Delito político, terrorismo y temas de Derecho Penal”*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2010.

Posada Maya, R., *“La objeción de conciencia como eximente de la responsabilidad penal en Colombia”*, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 14, No. 90, enero-junio 2018, pp. 103-133. Universidad EAFIT, Medellín, 2018.

Proença, João Tiago, Anarchism from the right: The terroristic approach of the Unabomber, En: Aurélio, D. P. & Proença, J. T., *“Terrorism: Politics, Religion, Literature”*, Cambridge Scholars, Newcastle, 2011.

Radbruch, Gustav, *“Der Mensch im Recht”*, Göttingen, 1957.

Radbruch, Gustav, Der Überzeugungsverbrecher, En: *“ZStW”*, 44, 1924.

Radbruch, Gustav, Der Überzeugungsverbrecher, En: *“Juristische Rundschau”*, t. 2, 1926.

Radbruch, Gustav, El delincuente por convicción, Traducido por: J. L. Guzmán Dalbora, En: *“Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”*, no. 07, Granada, Universidad de Granada, 2005.

Radbruch, Gustav, *“Filosofía del Derecho”*, Traducido por: J. Medina Echavarría, Madrid, Reus, 1952.

Radbruch, Gustav, La idea educativa en el Derecho Penal, Traducido por: A. Del Campo, En: Radbruch, G., *“El hombre en el Derecho”*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

Rangel Suárez, Alfredo, *“El poder paramilitar”*, Planeta, Bogotá, 2005.

Rangel Suárez, Alfredo, *"Guerra insurgente: Conflictos en Malasia, Perú, Filipinas, El Salvador y Colombia"*, Intermedio editores, Bogotá, 2001.

Reyes Echandía, Alfonso, *"Culpabilidad"*, Temis, Bogotá, 1988.

Reyes Echandía, Alfonso, *"Derecho Penal: Parte General"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.

Reyes Echandía, Alfonso, Legislación y seguridad nacional en América Latina, En: *"Poder y Control: Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social"*, n. 0-1986, Barcelona, PPU, 1986.

Reyes Echandía, Alfonso, *"Obras Completas"*, v. 1, Temis, Bogotá, 1998.

Romeo Casabona, Carlos María, Principio de culpabilidad, prevención delictiva y herencia genética, En: Lascano, C. J., *"Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin"*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001.

Ronderos, María Teresa, *"Guerras recicladas: Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia"*, Aguilar, Bogotá, 2014.

Roxin, Claus, *"Culpabilidad y prevención en Derecho Penal"*, Traducido por: F. Muñoz Conde, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981.

Roxin, Claus, Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales, En: Roxin, C., *"Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal"*, Traducido por: F. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981.

Roxin, Claus, *"Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito"*, Traducido por: D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

Roxin, Claus, *"Política criminal y sistema del Derecho Penal"*, Traducido por: F. Muñoz Conde, Barcelona, PPU, 1972.

Roxin, Claus, Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad, En: Roxin, C., *"Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal"*, Traducido por: F. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981.

Roxin, Claus, Una vez más: sobre el tratamiento jurídico-penal del hecho de conciencia, Traducido por: D. F. Tarapués Sandino, En: *"Revista Derecho Penal y Criminología"*, v. 35, n. 98, enero-junio 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Sainz de Rozas, Rafael, Tratamiento jurídico de la desobediencia civil, En: Etxeberria, X., *"Enfoques de la desobediencia civil"*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.

Samuels, Richard, *"Encyclopedia of United States National Security"*, SAGE Publications, Thousand Oaks, 2006.

Sánchez Gómez, Gonzalo, *"Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?"*, Centro de memoria histórica, Bogotá, 2012.

Sanz Mulas, Nieves, *"Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana"*, Madrid, Colex, 2000.

Schünemann, Bernd, La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, En: Schünemann, B., *"El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales"*, Madrid, Tecnos, 1991.

Schünemann, Bernd, Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, Traducido por: P. Sánchez-Ostiz, En: Silva Sánchez, J. M., *"Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro homenaje a Claus Roxin"*, Barcelona, Bosch, 1997.

Seelig, Ernest, *"Tratado de criminología"*, Traducido por: J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, Instituto de estudios políticos.

Silva Sánchez, Jesús María, *"Aproximación al Derecho Penal contemporáneo"*, Barcelona, Bosch, 1992.



Silva Sánchez, Jesús María, ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de las víctimas al castigo del autor, En: Mir Puig, S., *"Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Penal del siglo XXI"*, no. VIII (2007), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

Singer, Peter, *"Democracia y desobediencia"*, Traducido por: M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1985.

Soriano, Ramón, *"La desobediencia civil"*, Barcelona, PPU, 1991.

Stratenwerth, Günter, *"Strafrecht: Allgemeiner Teil"*, Köln, 1981.

Szabo, Denis, Political Crimes: A Historical Perspective, En: *"Denver Journal Of International Law And Policy"*, vol. 2, n. 1, Denver, Colorado, University Of Denver, 1972.

Tamarit Sumalla, Josep María, *"La libertad ideológica en el Derecho Penal"*, Barcelona, PPU, 1989.

Taylor, Bron, *"Religion, violence and radical environmentalism: From earth first! to the Unabomber to the earth liberation front"*, Terrorism and Political Violence, 10:4, 1998.

Terradillos Basoco, Juan María, Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español, En: Lascano, C. J., *"Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Homenaje a Claus Roxin"*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001.

Torrijos Rivera, Vicente & Abella Osorio, Juan David, *"Las fuerzas militares y el paramilitarismo: las verdaderas dimensiones de un fenómeno conflictivo"*, Ibáñez, Bogotá, 2017.

Trujillo Mendoza, Humberto, Moyano, Manuel, León, Cristóbal, Valenzuela, Carolina & González Cabrera, Joaquín, El radicalismo islamista en las sociedades occidentales: prejuicio, identidad social y legitimación del terrorismo, En: *"Psicología conductual"*, v. 13, n. 2, 2005.

Uprimny Yepes, Rodrigo, Las leyes de Justicia y Paz, En: Restrepo, E. M. & Bagley, B., *“La desmovilización de los paramilitares en Colombia: Entre el escepticismo y la esperanza”*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011.

Uprimny Yepes, Rodrigo, Sánchez Duque, Luz María & Sánchez León, Nelson Camilo, *“Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada”*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2014.

Velásquez Velásquez, Fernando, Constitución y principio de legalidad, En: Velásquez Velásquez, F. & Vargas Lozano, R., *“Derecho Penal y Constitución”*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

Velásquez Velásquez, Fernando, *“Fundamentos de Derecho Penal: Parte General”*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017.

Velásquez Velásquez, Fernando, *“Manual de Derecho Penal: Parte General”*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

Von Liszt, Franz, *“La idea del fin en el Derecho Penal”*, Traducido por: C. Pérez del Valle, Granada, Comares, 1995.

Welzel, Hans, *“Das neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre”*, Göttingen, Otto Schwartz & Co, 1957.

Welzel, Hans, *“Derecho Penal Alemán: Parte general”*, Traducido por: J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

Welzel, Hans, Gesetz und Gewissen, En: *“100 Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutsches Juristen Tages”*, Bd. 1, 1960.

Welzel, Hans, *“Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico”*, Traducido por: E. Garzón Valdez, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1970.

Yin, Tung, *"Were Timothy McVeigh and the Unabomber the only white terrorists?: Race, religion, and the perception of terrorism"*, Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review, V. 4, 2013.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro, *"Derecho Penal: Parte General"*, Ediar, Buenos Aires, 2008.

Zelik, Raul, *"Paramilitarismo: Violencia y transformación social, política y económica en Colombia"*, Traducido por: N. Castro. Siglo del hombre editores, Bogotá, 2015.

Zugaldía Espinar, José Miguel, *¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?*, En: Von Liszt, F., *"La idea del fin en el Derecho Penal"*, Traducido por: C. Pérez del Valle, Granada, Comares.

Zúñiga Rodríguez, Laura, *Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales*, En: Berdugo Gómez de la Torre, I. & Sanz Mulas, N., *"Derecho Penal de la democracia vs. Seguridad Pública"*, Granada, Comares, 2005.

### **Legislación y tratados internacionales:**

Colombia. Ley 48 de 1968. Diciembre 16. Diario Oficial No. 32.679 de 26 de diciembre de 1968. Modificado por el Decreto Nacional 284 de 1973. Por la cual se adopta como legislación permanente algunos decretos legislativos, se otorgan facultades al Presidente de la República y a las Asambleas, se introducen reformas al Código Sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Decreto - Ley 100 de 1980. Enero 23. Diario Oficial No. 35.461 de 20 de febrero de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal.

Colombia. Decreto 815 de 1989. Abril 19. Diario Oficial No. 38.785 de 19 de abril de 1989. Por el cual se suspenden algunas normas incompatibles con el estado de sitio.

Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Publicada en la Gaceta

Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Colombia. Decreto 356 de 1994. Febrero 11. Diario Oficial No 41.220 de 11 de febrero de 1994. Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada.

Colombia. Ley 599 de 2000. Julio 24. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se consagra el Código Penal.

Colombia. Ley 906 de 2004. Agosto 31. Diario Oficial No. 45.657 de 31 de agosto de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004).

Colombia. Ley 975 de 2005. Julio 25. Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

Colombia. Ley 1820 de 2016. Diciembre 30. Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

España. Constitución Española de 1978. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

España. Ley 22 de 1998 (6 de julio). Reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria. BOE-A-1998-16132.

Alemania. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Publicada en el Boletín Oficial Federal con fecha 23 de mayo de 1949. Traducida por: R. García Macho & K. P. Sommermann. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> [Consultado por última vez el 18 de octubre de 2018].

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. Colombia lo ratificó el 22 de octubre de 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 – Colombia lo firma el 22 de noviembre de 1969 y lo ratifica el 28 de mayo de 1973.

### **Jurisprudencia:**

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-403 de 1992. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 1992. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-547 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 1997. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1112 de 2000. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-332 de 2004. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 928 de 2005, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. Jaime Araujo Rentería & Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-728 de 2009. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-507 de 2016. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de diciembre de 1998. Radicación N° 13185. Aprobado acta N° 192. M.P.: Carlos Augusto Galvez Argote.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio del 2007. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de julio de 2009. Radicación N° 27277. Aprobado acta N° 223. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de abril de 2013. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero. Aprobado Acta No. 131.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de julio de 2014. Radicación N° 27198. Aprobado acta N° 216. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de enero de 2016. Radicación N° 46806. Aprobado acta N°. 10. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de junio de 2016. Radicación N° 42720. Aprobado acta N° 189. M.P.: Eugenio Fernández Carlier.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de julio de 2017. Radicación N° 41749. Aprobado acta N° 235. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de enero de 2018. Radicación N° 46283 Aprobado acta N° 16. M.P.: Eugenio Fernández Carlier.

## **Prensa:**

New York Times, *"Text of Unabomber Manifesto"*, 26 de mayo de 1996, disponible online

en:

<https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/national/unabom-manifesto-1.html?mcubz=1> [Consultado por última vez el 7 de septiembre de 2018].

David Arango, *"Con el 'No' en el plebiscito, ¿qué viene ahora en el proceso?"*, El Tiempo, 2 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/gano-el-no-en-el-plebiscito-por-la-paz-2016-39626> [consultado por última vez el 19 de septiembre de 2018].

Redacción política, *"La cuestionable estrategia de campaña del No"*, El Espectador, 6 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/cuestionable-estrategia-de-campana-del-no-articulo-658862> [Consultado por última vez el 20 de septiembre de 2018].

Revista Semana, *"Polarización en Colombia, el peligro verdadero"*, 19 de agosto de 2017, disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/polarizacion-el-peligro-verdadero/536934> [Consultado por última vez el 26 de septiembre de 2018].

## **Otros:**

Hippler, Fritz, *"Der Ewige Jude"*, Deutsche Film Gesellschaft, 1940, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=033hjDunlLc> [Consultado por última vez el 10 de octubre de 2018].

*"Programa agrario de los guerrilleros de las FARC-EP"*, Proclamado el 20 de Julio de 1964 en el fragor de la lucha armada de Marquetalia, corregido y ampliado por la OCTAVA CONFERENCIA NACIONAL de las FARC-EP, Abril 2 de 1993, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/Programa-Agrario-de-los-guerrilleros-FARC-EP.pdf> [consultado el 18 de junio de 2018].



El secretariado, *"Cartilla ideológica FARC-EP"*, 1980, disponible en: <https://www.farc-ep.co/pdf/Cartilla-ideologica.pdf> [Consultado el 18 de junio de 2018].

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Disponible online en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx> [consultado por última vez el 19 de septiembre de 2018]